

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le champ d'application normatif du contrôle de légalité

Barcena-Fernandez, François-Xavier

Published in:

L'article 159 de la Constitution. Le contrôle de légalité incident

Publication date:

2010

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Barcena-Fernandez, F-X 2010, Le champ d'application normatif du contrôle de légalité. Dans M Nihoul (Ed.), *L'article 159 de la Constitution. Le contrôle de légalité incident*. Projucit, La Chartre, Bruxelles, p. 101-144.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

LE CHAMP D'APPLICATION NORMATIF DU CONTROLE DE LEGALITE

François-Xavier BARCENA

Assistant aux F.U.N.D.P. Namur

Membre du centre de recherche PROJUCIT

*Chargé d'enseignement à la Haute Ecole Francisco Ferrer et à
la Haute Ecole de Namur*

« La loi de l'homme est la loi du langage »

J. LACAN¹

1. La formulation de l'article 159 de la Constitution, quant aux normes qui sont visées par ce dernier, nous commande d'examiner cette question en deux parties. Dans un premier temps, nous nous poserons la question de savoir quelles sont les *normes soumises au contrôle* du juge (I). Quel sort réserver au prescrit constitutionnel ? Faut-il passer outre ou s'en tenir strictement à ce dernier ? Dans un second temps, cet exposé se concentrera sur la signification de la *conformité aux lois* (II) avec de nouveau en filigrane ce même questionnement, cette même dichotomie : la lettre ou l'esprit ?

I. LES NORMES CONTROLEES

2. Premier temps. Qu'en est-il, donc, des normes contrôlées ? La formulation de l'article 159, en ce qu'elle vise « *les arrêtés et règlements généraux, provinciaux et locaux* » nous amène à nous poser cette première question : le contrôle porte-il exclusivement sur les normes citées à l'exclusion de tout autre acte juridique ou s'étend-il au contraire à tous les actes administratifs, puisque les actes cités sont tous de nature administrative ?

L'auteur remercie M. NIHOUL pour sa relecture attentive et ses observations enrichissantes.

¹ *Extraits, Seuil.*

A. TOUS LES ACTES ADMINISTRATIFS ?

1. Portée de la disposition

a. Un Constituant en rupture avec le régime orangiste

3. Afin d'appréhender correctement la portée de l'article 159 de la Constitution, il importe, selon nous, d'avoir égard à la genèse de ce qui, il faut bien l'admettre, constitue la pierre angulaire du droit administratif belge. Le Constituant belge souhaitait rompre avec le régime instauré par Guillaume I^{er}, dit *régime des arrêtés*, et dans lequel le chef de l'Etat était seul compétent pour apprécier la légalité des actes du pouvoir exécutif. De la sorte, le souverain orangiste put signer « *une multitude d'arrêtés qui n'étaient pas tous conformes aux lois et compatibles avec le régime constitutionnel* »².

Afin d'éviter un renouveau des dérives du régime hollandais, le Congrès national érigea les cours et tribunaux en pouvoir constitué et indépendant mais surtout il le dota d'un bras armé par le biais de l'article 107³ en lui confiant le pouvoir de vérifier la légalité des actes administratifs.

Les commentaires qui furent émis au Congrès national sont, à cet égard, sans équivoque sur les intentions du Constituant : « *L'exécution des lois peut donner lieu à des règlements et à des arrêtés. Ils doivent émaner du pouvoir exécutif ; mais ils ne peuvent ni outrepasser la loi, ni y être contraires ; et l'autorité judiciaire ne peut les appliquer qu'autant qu'ils sont conformes à la loi. Par là, vient à cesser la question si souvent agitée de savoir si l'autorité judiciaire pouvait juger de la légalité des actes de l'autorité administrative. En résolvant affirmativement cette question, le projet rend aux tribunaux toute leur indépendance, en consacrant le principe que la loi doit être la seule règle de leurs décisions* »⁴.

b. Une rédaction sibylline

L'idée semble claire : permettre au pouvoir judiciaire de censurer les actes découlant de l'exécution des lois qui seraient illégaux. Sans doute la

formulation de l'article 159 est-elle suffisante à l'époque de sa promulgation, miroir d'un Etat unitaire où la hiérarchie des normes limitait l'exécution des lois aux arrêtés et règlements.

4. Mais qu'en est-il de la pertinence de la disposition constitutionnelle à notre époque ? Force est de constater que le juge qui, confronté à un acte administratif qu'il pense être illégal, croit pouvoir trouver une réponse dans l'article 159, découvrira sans doute que le texte manque de clarté.

De prime abord, l'on serait enclin à penser qu'il ne traite que des actes à caractère réglementaire. Une lecture littérale de l'article 159 nous amènerait à exclure de son champ d'application les actes de portée individuelle. Rien n'est plus faux. Et à défaut d'une retouche constitutionnelle, c'est à la doctrine et à la jurisprudence qu'il est revenu de préciser, au 20^e siècle, que « *si l'article 159 mentionne seulement les arrêtés et règlements, les tribunaux sont tenus de l'appliquer à tous les actes administratifs, même non réglementaires* »⁵. Ou encore, pour faire nôtre la formule consacrée de la Cour de cassation, que « *l'article 159 de la Constitution est rédigé en termes généraux et ne fait aucune distinction entre les actes administratifs qu'il vise ; cet article s'applique aux décisions même non réglementaires de l'administration et aux actes administratifs, fussent-ils individuels* »⁶.

En réalité, le texte doit se comprendre dès l'origine comme visant à la fois les actes administratifs individuels et réglementaires. De nouveau ce sont les discussions au Congrès national qui nous permettent d'apporter un éclairage quant à cette question. Parce qu'il n'admettait pas « *qu'un seul citoyen pût soumettre aux tribunaux la question de la légalité d'un arrêté général, tandis qu'il comprenait fort bien qu'un citoyen, frappé individuellement par un arrêté illégal, pût en référer aux tribunaux* », un membre du Congrès suggéra que l'on procède, dans la rédaction de la disposition constitutionnelle, à la distinction entre actes réglementaires et individuels. Il se vit répondre qu'il « *qu'il ne fallait admettre aucune distinction ; qu'en effet, si le citoyen, qui défère aux tribunaux la légalité d'un règlement général, se fonde sur l'intérêt général qu'il croit blessé, il*

² J.-J. THONISSEN, *La Constitution belge annotée*, Bruxelles, Bruylant, 1876, p. 327.

³ Devenu l'article 159 dans la Constitution coordonnée du 17 février 1994.

⁴ E. HUYSSENS, *Discussions du Congrès national de Belgique*, Whalen, Bruxelles, T. IV, pp. 83-84.

⁵ Cass., 10 juin 1926, *Pas.*, 1927, I, p. 12.

⁶ Cass., 21 avril 1988, *Pas.*, 1988, I, pp. 983-995 ; Cass., 24 novembre 1988, *Pas.*, 1989, I, pp. 334-337 ; Cass., 19 octobre 1989, *Pas.*, 1990, I, pp. 207-211 ; Cass., 10 novembre 1992, *Pas.*, 1992, I, pp. 1245-1247 ; Cass., 22 mars 1993, *Pas.*, 1993, I, pp. 308-317 ; Cass., 2 décembre 2002, *Pas.*, 2002, pp. 2309-2315. Nous soulignons.

sera déclaré non-recevable, parce que l'intérêt individuel est la mesure des actions. Si, au contraire, ce règlement général viole les droits de ce citoyen, on ne peut lui refuser l'accès à la justice : mais comme le magistrat ne juge jamais que sur l'espèce qui lui est soumise, sa décision n'aura de force que relativement à ce citoyen, et, par conséquent, n'empêchera pas l'exécution du règlement quant aux autres citoyens »⁷.

5. En vérité, la véritable problématique en jeu dans les premiers temps de l'histoire belge ne se situera pas dans la division cardinale entre actes réglementaires et individuels mais touchera à l'étendue matérielle du contrôle de légalité opéré par les cours et tribunaux.

c. Une « automutilation »⁸ du pouvoir judiciaire

En effet, l'usage que firent les cours et tribunaux de la compétence qui leur était ainsi conférée restera limité et restreint, et ce en raison d'une conception tronquée du principe de la séparation des pouvoirs. L'affaire dite de « l'expulsion de Libert-Batave Cramer » en est l'illustration fondatrice, et ce avec d'autant plus d'à-propos qu'elle date de 1834, soit trois années seulement après la promulgation de la Constitution belge.

c.1 L'expulsion de Libert-Batave Cramer

Prié de quitter le territoire dans les deux jours par un arrêté royal qui lui fut notifié le 18 avril 1834, Monsieur Libert-Batave Cramer entreprit celui-ci devant le président du tribunal de 1^{ère} instance d'Anvers siégeant en référé. Faisant preuve de témérité, ce dernier conclut, au terme d'un raisonnement assez audacieux, à l'illégalité de l'arrêté d'expulsion⁹ et fit dès lors « provisoirement défense de mettre ou faire mettre à exécution »¹⁰ cette décision d'expulsion. Son raisonnement se fondait, entre autres, sur l'article 107 de la Constitution¹¹, lequel doit être, en conséquence, considéré comme

« la véritable sauvegarde des libertés publiques » qui « loin d'amener une confusion entre le pouvoir exécutif et judiciaire, tend au contraire à en maintenir la séparation, et que le magistrat en refusant, le cas échéant, toute exécution à un arrêté illégal du pouvoir exécutif, ne fait que proclamer son obéissance aveugle aux lois, pour le maintien desquelles il est institué ; (...) »¹².

Les deux ordonnances du président du tribunal de 1^{ère} instance d'Anvers furent réformées par la Cour d'appel de Bruxelles. Celle-ci estimait en effet « qu'il ne faut point confondre l'obligation imposée aux tribunaux de ne point appliquer les arrêtés contraires aux lois, avec le droit prétendu de s'opposer à leur exécution directement poursuivie par le pouvoir exécutif ; que dans le premier cas, les tribunaux (...) témoignent de leur soumission à la loi (...) et se maintiennent dans les justes limites de leurs attributions ». Et la cour d'ajouter « que si, au contraire, ils prétendaient arrêter ou suspendre l'exécution des actes du pouvoir exécutif, ils entreraient dans le domaine d'un pouvoir entièrement indépendant de l'autorité judiciaire, établiraient leur suprématie sur les actes du pouvoir exécutif, et feraient naître des conflits dont l'anarchie ne tarderait pas à être le résultat »¹³. En conclusion, pour la Cour, s'opposer à l'exécution de cet arrêté d'expulsion, c'était mettre à mal le principe constitutionnel de séparation et d'indépendance des pouvoirs.

Remarquons que dans l'optique adoptée, c'est uniquement lorsque l'exécution de l'acte est directement poursuivie par le pouvoir exécutif que le juge est appelé à ne pas intervenir. A l'inverse, lorsque la mise en œuvre d'un arrêté illégal est conditionnée par l'intervention du juge (ce qui sera le cas en matière pénale), alors ce dernier peut refuser d'appliquer l'arrêté en question¹⁴⁻¹⁵.

Dans le même esprit, les cours et tribunaux s'interdisaient de contrôler la légalité interne de l'acte incriminé. Ainsi une erreur de fait, de droit ou une erreur manifeste d'appréciation échappaient à la censure du juge, ce dernier

⁷ X., Dans quels cas l'autorité judiciaire peut-elle arrêter les excès de pouvoir de la puissance exécutive ?, Bruxelles, Rémy, 1834, pp. 17-18.

⁸ Pour reprendre l'expression du Professeur J. VAN COMPERNOLLE (cité par J. NADRIN, « La Cour de cassation belge de 1832 et le pouvoir judiciaire. Héritage de la période française ? », in *Justice et institutions françaises en Belgique (1795-1815)*, Lille, L'Espace juridique, 1996, p. 287.

⁹ Pour défaut de base légale.

¹⁰ Civ. Anvers, (réf.), *Pas.*, 1834, II, p. 103.

¹¹ En combinaison avec les articles 67, 92 et 93.

¹² Civ. Anvers, (réf.), *Pas.*, 1834, II, p. 102.

¹³ Bruxelles, 26 avril 1834, *Pas.*, 1833-1834, II, pp. 108-109, nous soulignons.

¹⁴ M. UYTENDAELE, *Précis de droit constitutionnel belge : regards sur un système institutionnel paradoxal*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 527.

¹⁵ V. à titre d'illustration Cass., 26 juin 1871, *Pas.*, 1871, I, pp. 280-285 ; Cass., 29 avril 1872, *Pas.*, 1872, I, pp. 315-319 ; Cass., 3 octobre 1873, *Pas.*, 1873, I, pp. 332-336 ; Cass., 12 janvier 1875, *Pas.*, 1875, I, pp. 75-76 ; Cass., 21 juin 1875, *Pas.*, 1875, I, pp. 310-312 ; Cass., 22 juillet 1878, *Pas.*, 1878, I, pp. 362-365.

limitant son intervention au respect des formalités et à la question de la compétence de l'auteur de l'acte (contrôle limité à l'examen de la légalité externe de l'acte)¹⁶. De toute évidence, ainsi que le relève P. GOFFAUX¹⁷, la jurisprudence *Cramer* est empreinte de l'influence du droit constitutionnel français, ce dernier faisant prévaloir l'idée selon laquelle juger l'administration, c'est encore administrer.

c.2 Une dissidence éparse

6. Si prégnante soit-elle, cette posture jurisprudentielle n'emporte pas l'adhésion de tous. En l'occurrence, dès 1834, une voix anonyme s'élève pour condamner la vision trop restrictive de la Cour d'appel de Bruxelles. Pour cet auteur¹⁸, « *chaque fois qu'un tribunal refuse d'appliquer (...) un arrêté, il en arrête et suspend implicitement l'exécution, de sorte que l'article 107, en ordonnant de ne pas appliquer les arrêtés contraires aux lois, permet par cela même d'en arrêter et d'en suspendre l'exécution (...)* »¹⁹. Dès lors les cours et tribunaux, « *en arrêtant ces excès de pouvoirs, n'entravent pas (...) la puissance exécutive, mais empêchent au contraire que celle-ci, par ses empiètements sur les autres pouvoirs de l'Etat, ne viole les droits les plus sacrés des citoyens* »²⁰.

Il faut par ailleurs souligner que la jurisprudence du 19^e siècle n'est elle-même pas linéaire. Même si elles restent rares, certaines décisions font preuve de moins de réserve à l'encontre de l'administration²¹. Il n'en reste

¹⁶ V. à cet égard l'affaire « *Appoline Meeus* », régulièrement citée par la doctrine et la jurisprudence, et qui concernait l'inscription d'office d'une femme sur les registres de prostitution de la ville de Liège : Cass., 14 mai 1866, *Pas.*, 1866, I, pp. 292-296.

¹⁷ P. GOFFAUX, « De l'échec du modèle moniste à la création du Conseil d'Etat », in B. BLERO (éd.), *Le Conseil d'Etat de Belgique cinquante ans après sa création (1946-1996)*, Collection de la Faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 31-64.

¹⁸ Nous savons juste que l'auteur se présente comme un membre du Congrès national ayant fait partie de la section centrale chargée d'examiner le projet de Constitution.

¹⁹ X., o. c., p. 19.

²⁰ *Ibidem*, p. 30. Il faut souligner la modernité des propos de l'auteur. Ainsi, pour celui-ci, l'article 107 est rédigé en termes généraux et vise donc indifféremment les cas où l'illégalité est invoquée tant par voie d'exception à l'encontre de la demande de l'administration, que par voie d'action directe à l'encontre de l'administration.

²¹ Cass., 11 novembre 1835, *Pas.*, 1835, I, pp. 153-155 ; Cass., 3 décembre 1842, *Pas.*, 1842, I, pp. 358-361 et concl. Pr. av. gén. DEWANDRE ; Cass., 23 décembre 1865, *Pas.*, 1866, I, pp. 7-36 et concl. Proc. gén. LECLERCQ ; Cass., 26 mars 1866, *Pas.*, 1866, I,

pas moins que cette tendance jurisprudentielle reste minoritaire et que le citoyen est bien en peine de contester devant les cours et tribunaux la légalité d'un arrêté ou d'un règlement, du moins lorsque le pouvoir exécutif en poursuit directement l'exécution.

d. La *Flandria* et la lente réappropriation par le pouvoir judiciaire de sa compétence constitutionnelle

7. Cette conception restrictive va perdurer durant une partie du 20^e siècle, et ce malgré le célèbre arrêt *La Flandria*²², rendu par la Cour de cassation le 5 novembre 1920. S'il est difficilement contestable de nier l'importance de cet arrêt en matière de responsabilité des pouvoirs publics, ce n'est pas le cas en ce qui concerne le contrôle de légalité. En effet, maints auteurs ont relevé avec justesse le caractère politique de cet arrêt²³ mais également le fait que ce dernier est affecté d'une lacune en ce sens qu'il est muet quant à la question de l'étendue matérielle du contrôle de légalité dont le juge est investi, et plus spécialement de la question de savoir si le juge est habilité par l'article 107 à contrôler la légalité interne de l'acte incriminé. De la sorte, les juridictions vont continuer à faire preuve de timidité à l'égard des diverses décisions administratives et ce bien après 1920. Il est vrai que né dans un contexte politique donné, l'arrêt ne témoigne pas de l'« aboutissement d'une évolution des conceptions, au sein du pouvoir judiciaire, qui aurait conduit les juges à reconquérir leur pouvoir de contrôler l'administration »²⁴.

Il en résulte une longue période de réappropriation progressive par le pouvoir judiciaire de sa compétence constitutionnelle. De fait, si la Cour de

pp. 205-219 ; Civ. Bruxelles (réf.), 13 août 1898, *Pas.*, 1898, III, pp. 309-310 ; Civ. Bruxelles (réf.), 3 juin 1901, *Rev. Adm.*, 1902, p. 414.

²² Cass., 5 novembre 1920, *Pas.*, 1920, I, pp. 193 et s.

²³ En effet le Gouvernement avait déposé à la Chambre en 1919 un projet de déclaration de révision de la Constitution, prémisses à la création d'une Cour du contentieux administratif. Il est probable que la possibilité de voir naître une juridiction « concurrente » ait motivé l'audace de la Cour. Sur ce sujet, v. P. GOFFAUX, *in o. c.*, 1999, pp. 51-53 ; M. NIHOUL, *Les privilèges du préalable et de l'exécution d'office*, Bruges, la Charte, 2001, n° 88, p. 116 ; B. LOMBAERT, F. TULKENS, A. VAN DER HAEGEN, « Cohérences et incohérence de la théorie de l'objet véritable et direct du recours », in H. DUMONT, P. JADOU, S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *La protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration*, La Charte, Bruxelles, 2007, pp. 17-66.

²⁴ B. LOMBAERT, F. TULKENS, A. VAN DER HAEGEN, in H. DUMONT, P. JADOU, S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *o. c.*, 2007, p. 23.

cassation estime, dans un arrêt du 10 juin 1926, que « la cour d'appel pouvait [...] apprécier la légalité des arrêtés royaux précités et devait refuser d'en faire application si elle les considérait comme entachés d'illégalité »²⁵, elle n'hésite pas à affirmer, dans un arrêt du 17 décembre 1935 que « le principe de l'indépendance des pouvoirs s'oppose à ce que le pouvoir judiciaire fasse défense au pouvoir exécutif d'accomplir un acte de sa fonction »²⁶. Et d'ajouter que « ce n'est que quand l'application de cet acte lui est demandée que le pouvoir judiciaire pourra exercer le droit d'appréciation qui lui appartient en vertu de l'article 107 de la Constitution ». Sur ce point la jurisprudence reste donc inchangée.

8. Selon C. HUBERLANT²⁷, il faudra attendre la fin de la seconde guerre mondiale pour que les cours et tribunaux interdisent à l'administration d'exécuter une de ses décisions. Et ce n'est qu'en 1972, par un arrêt du 3 mars, que la Cour de cassation accepte que « la compétence ainsi attribuée aux tribunaux de l'ordre judiciaire ne se limite pas au contrôle de légalité externe, mais comprend aussi celui de la légalité interne, et s'étend donc à la vérification d'un excès ou d'un détournement de pouvoir »²⁸. On peut donc induire d'une telle formulation que les arguments d'illégalité qui peuvent conduire à un refus d'application d'un acte administratif illégal sont les mêmes que ceux qui peuvent donner lieu à une annulation par le Conseil d'Etat²⁹.
9. Si le pouvoir judiciaire a progressivement reconquis la plénitude de ses compétences en la matière, il n'en reste pas moins que l'article 159 de la Constitution est, quant à son libellé, resté inchangé. Sur ce point, de quelle marge de manœuvre dispose le juge confronté aux actes qui d'un point de vue formel ne sont ni des « arrêtés », ni des « règlements » mais qui, indéniablement, sont des actes administratifs ? Face à ce qu'il n'est pas excessif d'appeler un foisonnement normatif, l'option choisie sera de

²⁵ Cass., 10 juin 1926, *Pas.*, 1927, I, pp. 12-16.

²⁶ Cass., 17 décembre 1935, *Pas.*, 1936, I, pp. 94-96.

²⁷ C. HUBERLANT, « Le problème du sursis à exécution des décisions administratives en Belgique », *R.J.D.A.*, 1975, pp. 82 et s.

²⁸ Cass., 3 mars 1972, *J.T.*, 1972, I, p. 372.

²⁹ M. LEROY, *Les règlements et leurs juges*, Bruxelles, Bruyant, 1987, p. 127 ; P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 359 ; P. QUERTAINMONT, « Le contrôle juridictionnel de la légalité des actes administratifs individuels (l'exception d'illégalité et le retrait des actes créateurs de droit). » note sous Cass., 21 avril 1988, *R.C.J.B.*, 1988, p. 430.

respecter l'esprit de la disposition et de passer outre sa lettre dont l'encre a quelque peu pâli depuis.

10. A cette problématique s'en ajoute une autre liée au fait que l'Etat belge se fédéralise progressivement. Il convient de se demander s'il n'aurait pas été opportun, au détour de l'une des multiples réformes institutionnelles, de revoir la formulation de l'article 159 afin de le mettre en phase avec la réalité normative d'une Belgique devenue Etat fédéral ? N'eut-il pas été judicieux d'inclure les termes « régionaux » et « communautaires » à l'énumération désormais désuète de la disposition constitutionnelle ? Force est d'observer, en même temps, que l'article 159 n'est pas le seul de la Constitution à n'avoir pas été mis au goût du jour de la réalité institutionnelle belge.

e. L'étendue temporelle du champ d'application de l'article 159 de la Constitution

e.1 Divergence jurisprudentielle

11. A ce décalage entre la réalité normative et cette opacité formelle de l'article 159 de la Constitution, s'ajoute une divergence de jurisprudence entre la Cour de cassation et le Conseil d'Etat quant à l'interprétation dudit article en ce qui concerne les actes individuels créateurs de droit devenus définitifs. Rappelons que l'acte « définitif » est celui contre lequel aucun recours n'a été introduit devant le Conseil d'Etat dans le délai imparti par la loi, à savoir 60 jours à compter de la notification ou de la publication de l'acte, selon le cas.

Les cours et tribunaux acceptent en effet que l'on puisse remettre en cause la légalité d'un acte définitif, réglementaire ou individuel, sans considération de délai, si ce n'est celui de la prescription. Tel n'est pas le cas de la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat, lequel estime, et ce de manière constante³⁰, que l'acte individuel devenu définitif

³⁰ C.E., *Foulon*, n° 584, 24 novembre 1950, *Rec.*, 1950, pp. 522-527 et les nombreuses références citées par P. LEWALLE, *o. c.*, 3^e éd., 2008, p. 360. Pour d'autres cas d'application, v. C.E., *Beauclercq*, n°72.985, 3 avril 1998 ; C.E., *Cardon*, n°74.276, 12 juin 1998 ; C.E., *Henderson*, n°85.557, 23 février 2000 ; C.E., *Dehennin*, n°99.755, 12 octobre 2001 ; C.E., *Appelmans*, n°114.787, 21 janvier 2003 ; C.E., *Société agricole De Buysser Ferme du pavillon e.a.*, n°134.774, 9 septembre 2004 ; C.E., *Bou sleiman*, n°165.963, 15 décembre 2006 ; C.E., *sa Consortiom immobilier général*,

ne peut plus être remis en cause, même de manière incidente³¹. A l'inverse, l'acte réglementaire peut, lui, être contesté de manière incidente sans aucune considération de délai.

Le lien apparaît ici très étroit avec la théorie du retrait, laquelle reconnaît à l'administration un droit de retrait sur ses actes aussi longtemps que ceux-ci sont susceptibles d'annulation, sauf exceptions³².

Cette vision, fondée sur les principes de sécurité juridique et d'intangibilité des droits acquis, a été critiquée en doctrine³³, cette dernière faisant prévaloir vis-à-vis des principes invoqués ceux de la légalité de l'action administrative et de son contrôle par les juridictions. Ainsi, P. QUERTAINMONT voyait mal comment « *la sécurité juridique serait respectée par le maintien [d'un acte administratif individuel créateur de droit illégal], c'est-à-dire fait en violation des droits [d'autrui]. Au contraire, l'autorité administrative a le pouvoir et le devoir de respecter la loi, en application des articles [105] et [108] de la Constitution, ce qui implique l'obligation pour elle de mettre fin aux situations irrégulières* »³⁴.

n°184.826, 26 juin 2008 ; C.E., *sa Megastock Plasticentre*, n°189.060, 22 décembre 2008.

³¹ Novelles, Droit administratif, T. VI, *Le Conseil d'Etat*, Bruxelles, Larcier, 1975, n° 1186 à 1189 ; P. MARTENS, « L'exception d'illégalité : entre l'injustice et le désordre », note sous C.E., *Union professionnelle reconnue « Belgian Corporation of Flight Hostesses »*, n° 28.435, 2 septembre 1987, *J.L.M.B.*, 1988, pp. 1535-1545 ; P. LEWALLE, « Légalité, sécurité, stabilité, en droit administratif. Un équilibre introuvable ? », in *Liber amicorum Yvon Hannequart et Roger Hasir*, Diegem, Kluwer, 1997, p. 233-254 ; E. BREWAEYS, « Toepassing van artikel 159 van de Grondwet in het sociaizekerheidsrecht », *Liber amicorum Maxime Stroobant*, Gent, Mys en Breesch, 2001, pp. 63-64 ; P. BOUVIER, *Eléments de droit administratif*, Bruxelles, De Boeck-Larcier, 2002, pp. 93-98 ; P. POPELIER, « De intrekking van bestuurshandelingen : een gissing naar een leer van het hof van cassatie », note sous Cass., 2 décembre 2002, *C.D.P.K.*, 2003, pp. 332-340 ; P. QUERTAINMONT, o. c., *R.C.J.B.*, 1988, pp. 410-441 ; J. THEUNIS, « De « exceptie van onwettigheid » (artikel 159 G.W.) : meer vragen dan antwoorden ? », *R.W.*, 2007-2008, pp. 1272-1273.

³² En règle, l'acte peut être retiré sans limitation de temps en cas d'acte inexistant, obtenu par fraude ou lorsqu'une disposition législative le prévoit.

³³ D. LAGASSE, « La sécurité juridique doit-elle prévaloir sur la légalité d'un acte administratif ? La théorie du retrait d'acte administratif est-elle encore justifiée en droit belge ? note sous C.E., *Dechamp*, n° 90.287, 18 octobre 2000, *J.T.*, 2001, pp. 334-336.

³⁴ P. QUERTAINMONT, o. c., *R.C.J.B.*, 1988, p. 440.

Cette disparité de régime est traditionnellement justifiée par le fait que le juge administratif est soumis aux délais prévus par les lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, ce qui n'est évidemment pas le cas du juge judiciaire.

Cette explication ne convainc pas P. MARTENS, pour qui cette divergence est principalement due à la différence qui existe entre le contentieux objectif et le contentieux subjectif³⁵. Le premier a pour but de prémunir l'administré contre l'arbitraire de l'administration et est dévolu au Conseil d'Etat. Le second revient aux Cours et tribunaux et a pour but d'assurer au citoyen la sauvegarde de ses droits par rapport à une autre personne. C'est dans cette ligne doctrinale que semble s'inscrire l'arrêt *Dechamp* du 18 octobre 2000 et dans lequel le Conseil d'Etat affirme que lui-même et les cours et tribunaux de l'ordre judiciaire « *exercent des compétences différentes ; que la contradiction [...] entre la jurisprudence judiciaire et la jurisprudence administrative résulte de la dualité des juridictions ; qu'il n'existe pas de dispositions constitutionnelles organisant les rapports entre celles-ci* »³⁶.

12. Personne ne le contestera : en jurisprudence, la vérité d'un jour n'est pas celle du lendemain. A cet égard, l'arrêt *Goslar* présente un intérêt tout particulier et semble être serti d'une importance qu'il serait imprudent de nier.

Rendue le 19 mai dernier 2009, cette décision passe outre la dissension dont nous venons de faire état en situant le fondement de la théorie du retrait non pas (ou non plus devrait-on dire) dans l'article 159 de la Constitution mais bien en son article 160 ainsi que dans les lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, plus particulièrement les articles 14 et 30 de celles-ci, combinés avec l'article 4, alinéa 3, de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif. A la partie adverse qui estimait le fondement et les modalités du retrait comme contraires à l'article 159 de la Constitution, le Conseil d'Etat répondit sans ambages que « *s'il advient qu'un acte ou un règlement administratif ne peut plus être retiré parce qu'il n'a pas été attaqué dans le délai de soixante jours mentionné ci-avant, c'est par application de l'article 160 de la Constitution, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat et du règlement général de procédure et non pas, ainsi que l'allègue la partie adverse, par une interprétation restrictive de l'article 159 de la*

³⁵ P. MARTENS, o. c., *J.L.M.B.*, 1988, p. 1537.

³⁶ C.E., *Dechamp*, n° 90.287, 18 octobre 2000.

Constitution, laquelle devrait faire l'objet de questions préjudicielles à la Cour constitutionnelle ; (...) telles que les formule la partie adverse, ces questions, fondées sur une interprétation de l'article 159 de la Constitution, sont sans rapport avec le présent litige »³⁷.

Par là même l'arrêt commenté fait littéralement « sortir » la théorie du retrait de l'insoluble dialectique entre sécurité juridique et principe de légalité. Bien plus, la haute juridiction administrative évite dorénavant que sa jurisprudence en matière de retrait des décisions administratives puisse prêter le flanc à la critique, du moins du point de vue du principe de légalité résidant dans l'article 159 de la Constitution.

13. Si subtil soit-il, le raisonnement du Conseil d'Etat ne résout pas toutes les difficultés. A l'instar de M. NIHOUL³⁸, nous sommes en droit de nous demander si une telle théorie n'est en fin de compte pas contraire au principe de non rétroactivité des actes des autorités publiques et d'appeler, comme l'auteur, à l'adoption de « lois administratives générales réglant expressément ces mécanismes ». Cela permettrait, à notre estime, de trouver un accord démocratique entre ces « principes rivalisants »³⁹ que sont la légalité d'une part, la sécurité juridique de l'autre. La théorie du retrait et le caractère définitif de l'acte individuel non attaqué dans les délais prévus sont, de ce point de vue, sur un pied d'égalité parfait.

e.2 Un pis-aller : la théorie des opérations administratives complexes

14. La position stricte, voire rigoriste, du Conseil d'Etat quant à l'impossibilité d'invoquer l'illégalité d'un acte individuel une fois celui-ci devenu définitif a parfois abouti à des situations injustes. Dès lors doctrine et jurisprudence ont développé diverses constructions permettant d'échapper à la rigueur de cette situation. La théorie de l'opération administrative complexe s'inscrit dans cette optique.

Pour reprendre les termes de M. LEROY⁴⁰, « une décision administrative est souvent l'aboutissement d'un long processus de maturation ». Entre le moment de « l'impulsion initiale » et celui où l'acte adopté produit des

effets, beaucoup d'eau aura coulé sous les ponts, et souvent quelques barques avec. En conséquence de quoi, nous serons en présence d'une opération complexe « chaque fois qu'une suite nécessaire de décisions se succèdent dans le temps pour aboutir à une décision finale »⁴¹. Cette construction jurisprudentielle autorise le requérant qui poursuit l'annulation d'une décision finale à invoquer l'illégalité d'une décision individuelle antérieure devenue définitive lorsque celle-ci précède nécessairement l'acte attaqué dans la chaîne décisionnelle ou la succession d'actes⁴². Le contentieux de la fonction publique ainsi que celui relatif aux marchés publics fournissent un fertile terreau d'application à cette théorie même s'ils n'en ont pas l'exclusivité⁴³. Il a par exemple été admis que le requérant qui sollicite l'annulation d'une promotion dont il a été évincé est admis à invoquer l'illégalité de la décision déclarant l'emploi vacant⁴⁴.

Comme le soulignent fort justement plusieurs auteurs⁴⁵, nous sommes ici en présence d'une « théorie-piège » dont le maniement est fort délicat et dans lequel le Conseil d'Etat lui-même semble être tombé.

15. Afin d'appréhender correctement le concept d'opération complexe, il importe d'avoir préalablement égard à la question de la qualification des actes se situant en amont de la décision finale. On distinguera à cet effet les actes préparatoires des actes interlocutoires. Les premiers ne produisent pas par eux-mêmes d'effets de droit. Il s'agit juste d'actes d'« intendance »⁴⁶ qui ne modifient pas l'ordonnancement juridique. Ne causant pas immédiatement un grief certain à l'administré, ils ne peuvent faire l'objet d'un recours en annulation devant le Conseil d'Etat⁴⁷. Si tel était le cas, un tel recours serait prématuré. Dès lors le requérant qui constaterait des

⁴¹ P. BOUVIER, *o. c.*, 2002, p. 99.

⁴² J. SALMON, *Le Conseil d'Etat*, Bruylant, Bruxelles, 1987, pp. 199-205.

⁴³ En réalité, il est tout à fait envisageable « d'appliquer » cette théorie à quelque contentieux que ce soit soumis au Conseil d'Etat. Pour une recension de différents cas d'application, v. S. VERBIST, « Rechtsbescherming bij de Raad van State tegen complexe administratieve rechtshandelingen », *C.D.P.K.*, Numéro spécial d'anniversaire 10 ans, 2007, pp. 104-121.

⁴⁴ C.E., *Wouters*, n° 20.887, 20 janvier 1981, *Rec.*, 1981, p. 88-92.

⁴⁵ P. BOUVIER, *o. c.*, 2002, p. 99 ; P. MARTENS, *o. c.*, *J.L.M.B.*, 1988, pp. 1537-1539.

⁴⁶ Pour reprendre l'expression de M. LEROY, *o. c.*, 4^e éd., 2008, p. 263.

⁴⁷ V. par exemple C.E., *Everaerts*, n°32.267, 22 mars 1989.

³⁷ C.E., *Goslar*, n°193.418, 19 mai 2009.

³⁸ M. NIHOUL, « A propos du fondement de la théorie du retrait des actes administratifs et du délai de retrait », *C.D.P.K.*, 2009, pp. 281-290.

³⁹ Pour reprendre l'expression de P. LEWALLE.

⁴⁰ M. LEROY, *Contentieux administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 262.

irrégularités durant la phase préparatoire devra les invoquer dans ses moyens lorsqu'il attaquera la décision finale⁴⁸.

A l'inverse, les actes dits interlocutoires sont considérés comme « *causant par eux-mêmes un grief immédiat et certain, en déterminant ou en limitant l'autorité quant aux choix de la décision qu'il lui appartient de prendre* ». Bien qu'ils soient préalables à la décision finale⁴⁹, de tels actes « *produisent d'ores et déjà des effets de droit et sont des décisions préalables* »⁵⁰⁻⁵¹.

16. Toutefois, comme le souligne fort justement P. LEWALLE, il convient d'être attentif au fait qu'« *une même mesure peut apparaître comme purement préparatoire et insusceptible de faire grief à l'égard de certaines personnes, tout en étant la cause d'un grief immédiat vis-à-vis d'autres personnes* »⁵². Seule la personne lésée de manière définitive par cet acte pourra introduire un recours en annulation devant le Conseil d'Etat. Pour les autres, cette décision conserve un caractère purement préparatoire dont l'illégalité ne pourra éventuellement être invoquée que lors du recours contre la décision finale, comme on l'a déjà indiqué. Un exemple ne semble pas, en l'espèce, inapproprié. En matière de fonction publique, une nomination procèdera souvent d'un acte de présentation. Pour les candidats présentés, cet acte présente bien évidemment un caractère purement préparatoire, puisqu'il laisse intactes toutes leurs chances d'être nommés. Toute autre est la situation des candidats non repris dans l'acte de présentation, puisque ces derniers sont d'ores et déjà certains de ne pouvoir être nommé par l'autorité compétente, n'ayant pas été présentés à cette dernière.

⁴⁸ B. LOMBAERT, « L'opération complexe et la recevabilité des recours devant le Conseil d'Etat : une utile mise au point par l'assemblée générale de la section du contentieux administratif », in *Liber amicorum Robert Andersen*, Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 400 ; M. LEROY, o. c., 4^e éd., 2008, p. 262-263 ; v. aussi dans ce sens P. MARTENS, o. c., *J.L.M.B.*, 1988, pp. 1537-1538.

⁴⁹ Se rapprochant en cela des actes préparatoires.

⁵⁰ B. LOMBAERT, in o. c., 2009, p. 400. V. aussi M. LEROY, o. c., 4^e éd., 2008, p. 262 ; J. SALMON, *Le Conseil d'Etat*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1994, pp. 273-275 ; S. VERBIST, o. c., *C.D.P.K.*, 2007, pp. 107-111.

⁵¹ V. par exemple C.E., *Meulemans*, n° 4.641, 25 octobre 1955, *Rec.*, 1955, pp. 852-853 ; C.E., *Lebacqz*, n° 21.484, 20 octobre 1981, *Rec.*, 1981, pp. 1392-1399.

⁵² P. LEWALLE, o. c., 3^e éd., 2008, p. 746.

Pour simples que ces notions puissent paraître en théorie, elles n'en restent pas moins d'une redoutable complexité en pratique. Ainsi, la plus haute juridiction administrative du Royaume était confrontée à une divergence de jurisprudence entre chambres francophones et néerlandophones quant aux conséquences qu'il fallait attacher à la qualification du cahier des charges en tant qu'acte interlocutoire.

Par trois arrêts prononcés le 2 décembre 2005 en assemblée générale, le Conseil d'Etat mis fin à cette dissension en considérant « *qu'un soumissionnaire potentiel ou effectif à un marché public peut former un recours en annulation et, le cas échéant, une demande en suspension contre la décision d'arrêter un cahier spécial des charges ou des prescriptions de celui-ci si cette décision, bien que préparatoire à la décision d'attribution définitive de ce marché, n'apparaît plus à l'égard de ce soumissionnaire comme une décision purement préparatoire mais comme une "décision préalable" parce qu'elle emporte des effets juridiques définitifs pour celui-ci ; que tel est le cas, notamment, si la décision prive ce soumissionnaire de toute possibilité de participation au marché, et partant, de toute possibilité d'attribution et, en ce qui le concerne, lui fait directement grief ; que c'était le cas en l'espèce dès lors que la partie requérante, vu la prescription du cahier spécial des charges qui requerrait la possession d'un certificat ISO-9002 dont elle ne disposait pas, pouvait s'attendre à ce que son offre fût refusée et que le marché ne lui fût pas attribué ;*

Considérant que la faculté d'introduire immédiatement un recours en annulation et une demande en suspension contre la décision d'adopter un cahier spécial des charges n'empêche pas que les irrégularités qu'un soumissionnaire reproche à une prescription de ce cahier puissent encore être invoquées de manière recevable contre des décisions ultérieures prises dans le cadre de la procédure de passation ; qu'à l'appui de son recours contre les décisions attaquées, la partie requérante peut, dès lors, invoquer l'illégalité du cahier spécial des charges, même si devant le Conseil d'Etat, elle n'a pas attaqué en tant que telle la décision d'adopter le cahier spécial des charges »⁵³.

⁵³ C.E. (ass.gén.), s.a. *Boucher et crts*, n° 152.172, 2 décembre 2005, nous soulignons ; C.E. (ass.gén.), s.a. *Labonorm*, n° 152.173, 2 décembre 2005, note J. MOSSELMANS, « Het Labonorm arrest : voorbij de impasse van de complexe rechtshandeling – nieuwe vragen inzake ISO-certificaten », *C.D.P.K.*, 2007, pp. 754-762 ; C.E. (ass.gén.), s.a. *Amec Spie Belgium*, n° 152.174, 2 décembre 2005. V. aussi

f. Les actes *sui generis*

17. Nous avons, jusqu'à présent, raisonné en utilisant les classifications bipartites traditionnelles du droit administratif qui distinguent les actes réglementaires et individuels, ou encore les actes créateurs ou non de droits. La doctrine a déjà relevé à quel point ces *summa divisio* peinaient à rendre compte de la diversité des actes administratifs. Elles ont toutefois le mérite de « ramener le chaos des espèces à des lignes simples »⁵⁴, même si, à l'instar de P. MARTENS, « on peut douter que les faiseurs de systèmes parviennent jamais à sortir de l'existentialisme juridique : la réalité est tellement imprévisible qu'ils ne parviendront pas à la figer dans des taxinomies fermées »⁵⁵.

Prenons par exemple, pour illustrer notre propos, le cas du permis de lotir : acte administratif réglementaire mais également individuel. Sa valeur réglementaire tient au fait qu'il tend à assurer l'aménagement du territoire en ce qu'il contient un plan et des prescriptions urbanistiques auxquelles les permis subséquents devront se conformer. Mais il s'agit également d'un acte individuel en ce qu'il crée des droits au profit de son bénéficiaire, ce dernier pouvant, une fois le permis octroyé, diviser son terrain.

La nature mixte du permis de lotir pose évidemment problème au regard de l'application différenciée à laquelle procède le Conseil d'Etat quant à l'article 159 de la Constitution. Au regard de ce qui vient d'être dit, il convient donc de se poser la question de l'étendue temporelle du contrôle de légalité d'un permis de lotir. En d'autres termes, ce dernier peut-il faire l'objet d'un contrôle de légalité sans limite de temps et ce nonobstant le fait qu'il comporte, pour une part, un aspect individuel ?

La réponse pourrait être formulée de la manière suivante : lorsque l'illégalité invoquée par le requérant a trait à l'aspect réglementaire du permis de lotir, elle peut être soulevée sans limite de temps devant le Conseil d'Etat. Par contre, si est remis en cause le caractère individuel du permis de lotir (c'est-à-dire le permis de diviser), alors la légalité de ce dernier ne pourra plus être remise en cause dans la mesure où il est devenu

définitif. Telle est en tout cas la position du Conseil d'Etat, lequel estime « qu'en raison du double caractère du permis de lotir, il convient de se demander si les griefs formulés se rattachent à l'aspect réglementaire du permis, susceptible de faire en tout temps l'objet d'un refus d'application, ou à son aspect d'acte individuel, soustrait à toute contestation après l'expiration du délai de recours en annulation »⁵⁶. Cette position du Conseil d'Etat s'inscrit évidemment en droite ligne dans sa jurisprudence quant à la distinction qu'il opère entre actes administratifs réglementaires et individuels.

Notons enfin, comme le souligne fort à propos D. LAGASSE⁵⁷, que la remise en cause du caractère individuel du permis de lotir constitue une hypothèse qui devrait se présenter rarement, et qu'à l'inverse « lorsque l'illégalité d'un permis de lotir est soulevée, c'est quasiment toujours pour démontrer l'illégalité par voie de conséquence d'un permis d'urbanisme délivré en application de ce permis de lotir, c'est-à-dire en application du règlement du lotissement »⁵⁸.

2. Les actes exclus du contrôle

18. Terminons par les actes dont on pourrait penser, *a priori*, qu'ils sont soumis au contrôle de légalité mais qui en sont exclus en réalité. Ainsi en ira-t-il :

- des décisions contentieuses. Il semble difficile en effet de les considérer comme des « arrêtés » ou des « règlements ». Bien plus, « ces décisions sont revêtues de l'autorité de la chose jugée et sont censées être conformes à la loi tant qu'elles n'ont pas été réformées en degré d'appel ou annulées par la Conseil d'Etat »⁵⁹⁻⁶⁰. Notons à cet

B. LOMBAERT, *in o. c.*, 2009, pp. 407-416 ; S. VERBIST, *o. c.*, C.D.P.K., 2007, pp. 109-116.

⁵⁴ J. RIVERO, « Apologie pour « les faiseurs de systèmes » », *D.*, 1951, Chron., p. 99.

⁵⁵ P. MARTENS *o. c.*, J.L.M.B., 1988, p. 1540.

⁵⁶ C.E., *Fortemps*, n° 78.370, 27 janvier 1999 et n° 99.919, 18 octobre 2001.

⁵⁷ D. LAGASSE, « Le statut juridique du permis de lotir », *Cah. Urb.*, Hors-série, 2001, p. 12.

⁵⁸ V. à titre illustratif C.E., *Everard de Harzir*, n° 155.523, 23 février 2006 ; C.E., *Maes*, n° 163.390, 10 octobre 2006 ; C.E., *Amato e.a.*, n° 184.264, 12 septembre 2008 ; C.E., *Lebrun*, n° 186.291, 16 septembre 2008 ; C.E., *Peeters*, n° 188.401, 1^{er} décembre 2008 : « le requérant ne perd pas son intérêt à agir contre un permis d'urbanisme pour la seule raison qu'il n'aurait pas attaqué le permis de lotir auquel ce permis d'urbanisme serait ou non conforme ».

⁵⁹ C. DESMECHT, « L'article 159 de la Constitution : un article qui vous veut du bien », *R.G.D.C.*, 2006, p. 291.

égard que si l'article 159 ne traite que des « *cours et tribunaux* », la disposition constitutionnelle doit se comprendre comme s'adressant à toute juridiction contentieuse, ce qui signifie qu'elle englobe dans son champ d'application les juridictions administratives, Conseil d'Etat en tête⁶¹⁻⁶².

- des circulaires non réglementaires⁶³ ;
- des arrêtés de pouvoirs extraordinaires et des arrêtés-lois, car ceux-ci ont force de lois. A cette nuance près que le juge pourra écarter leur application dans la mesure où ils ne seraient pas conformes à la loi de pouvoirs extraordinaires qui leur sert de fondement et permet donc de les adopter⁶⁴ ;
- et enfin de l'arrêté royal de pouvoirs spéciaux confirmé par une loi avec effet à la date de son entrée en vigueur. La confirmation d'un acte réglementaire par le législateur a pour effet de soustraire celui-ci au contrôle juridictionnel qu'exerce le Conseil d'Etat⁶⁵. En conséquence l'acte en question doit être considéré comme un acte de pouvoir législatif et ce depuis son entrée en vigueur, ce qui, dès lors, exclut la compétence Conseil d'Etat⁶⁶.

⁶⁰ Cass, 27 juillet 1882, *Pas.*, 1882, I, pp. 282-276 ; Cass., 2 novembre 1882, *Pas.*, 1882, I, pp. 374-377 ; C.E., *Hossain*, n° 41.688, 21 janvier 1993 ; C.E., *Gyan*, n° 49.654, 13 octobre 1994 ; C.E., *Mahn*, n° 50.134, 9 novembre 1994.

⁶¹ V. entre autres Cass., 26 février 1980, *Pas.*, 1980, I, pp. 774-780 ; Cass., 8 septembre 1982, *Pas.*, 1983, I, pp. 43-46 ; Cass., 11 septembre 1984, *Pas.*, 1985, I pp. 49-51 ; Cass., 5 mars 1985, *Pas.*, 1985, I, pp. 822-823 ; Cass., 24 mars 1987, *Pas.*, 1987, I, pp. 885-891 ; Cass., 27 septembre 1990, *Pas.*, 1991, I, pp. 78-82 ; Cass., 22 mars 1993, *Pas.*, 1993, I, pp. 308-317 et concl. Proc. gén. J.-F. LECLERCQ, alors Avocat général.

⁶² V. également sur cette question P. BOUCQUEY, « Vers une redéfinition des relations entre le pouvoir judiciaire et le juge administratif ? », *C.D.P.K.*, 1997, pp. 560-572.

⁶³ C.E., *Robberecht*, n°19.680, 6 juin 1979, *Rec.*, 1979, pp. 625-628.

⁶⁴ Cass, 28 janvier 1935, *Pas.*, 1935, I, pp. 131-133 ; Cass., 27 janvier 1943, *Pas.*, 1943, I, pp. 32-37.

⁶⁵ V. notamment C.A., n° 49/95, 15 juin 1995 ; C.A., n° 61/99, 14 avril 1999 ; C.E., *a.s.b.l. Fédération des chambres syndicales des médecins*, n° 93.607, 27 février 2001.

⁶⁶ C.E., *Baetsle*, n° 85.654, 29 février 2000 ; C.E., *Ville de Tielt*, n° 85.655, 29 février 2000 ; C.E., *Ville de Tielt*, n° 85.656, 29 février 2000 ; C.E., *s.p.r.l. Biorim*, n° 168.090, 21 février 2007.

A l'inverse l'arrêté royal qui n'a pas été confirmé est à considérer comme un simple règlement, avec ce que cela implique en termes de contrôle de légalité et de contentieux.

B. RIEN QUE LES ACTES ADMINISTRATIFS ?

19. Au terme de cette analyse qui se voulait complète, nous avons pu mesurer dans quelle mesure les actes administratifs sont soumis – ou non – au contrôle de légalité instauré par l'article 159 de la Constitution. Mais au terme de cet inventaire, il convient de se demander si la disposition constitutionnelle a de la sorte « *épuisé* » ses potentialités ou si, au contraire, elle dispose encore de quelques « *ressources* » ? D'où cette deuxième question dans la première partie de cette contribution : l'article 159 ne vise-t-il rien que les actes administratifs ?
20. Par exemple, quel sort réserver à ces actes qualifiés d'administratifs par les lois coordonnées sur le Conseil d'Etat mais qui sont posés par les pouvoirs législatifs et judiciaires ainsi que leurs organes ? Doivent-ils bénéficier d'une immunité de juridiction parce qu'ils n'émanent pas du pouvoir exécutif ? Le cas échéant, n'y a-t-il pas là matière à discrimination entre les fonctionnaires au service d'une autorité administrative et ceux au service d'une assemblée législative, ces derniers ne disposant « *d'aucune possibilité de demander l'annulation d'un acte administratif de cette assemblée* » ?

1. Les actes administratifs des pouvoirs législatifs et judiciaires

La réponse à la question posée précédemment trouve à l'heure actuelle une réponse « *évidente* » à l'article 14, § 1^{er}, 2° des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat⁶⁷. Cette disposition prévoit en effet que le Conseil d'Etat, section du contentieux administratif, « *statue par voie d'arrêts sur les recours en annulation pour violation des formes soit substantielles, soit prescrites à peine de nullité, excès ou détournement de pouvoir, formés contre les actes et règlements : [...]* » ;

2° des assemblées législatives ou de leurs organes, en ce compris les médiateurs institués auprès de ces assemblées, de la Cour des comptes et de la Cour d'arbitrage, du Conseil d'Etat et des juridictions administratives ainsi que des organes du pouvoir judiciaire et du Conseil

⁶⁷ Ci-après LCCE.

supérieur de la Justice relatifs aux marchés publics et aux membres de leur personnel.

L'article 159 de la Constitution s'applique également aux actes et règlements visés au 2° »⁶⁸.

La rédaction actuelle de ce texte législatif est le fruit d'un chemin laborieux dont nous nous proposons de retracer ici les principales étapes.

a. Genèse de la disposition

21. La genèse de cette disposition trouve sa source dans l'arrêt n° 31/96 rendu par la Cour d'arbitrage le 15 mai 1996⁶⁹. Un candidat malheureux à une épreuve de recrutement organisée par le Conseil de la Région de Bruxelles-Capitale⁷⁰ postulait devant le Conseil d'Etat l'annulation de la décision prise par le jury de ne pas le verser dans la réserve de recrutement, faute d'avoir réussi l'épreuve linguistique. Saisie d'une question préjudicielle posée par le Conseil d'Etat, le Cour d'arbitrage estima que la protection contenue dans l'article 14 LCCE ne s'étendait pas aux actes pris par l'administration d'une assemblée législative. Tout en reconnaissant qu'il y avait là une discrimination entre les fonctionnaires au service d'une autorité administrative et les fonctionnaires au service d'une assemblée législative, puisque ces derniers ne disposaient dès lors « d'aucune possibilité de demander l'annulation d'une acte administratif de cette assemblée »⁷¹, la Cour estima néanmoins que la discrimination en cause trouvait sa source non pas dans l'article précité mais bien dans l'absence de législation en la matière. Une intervention du législateur était donc nécessaire. Cette lacune fut comblée par la loi du 25 mai 1999⁷²⁻⁷³ laquelle étendait désormais la

⁶⁸ L. 15/05/2007, art. 2 ; vig. 18/06/2007.

⁶⁹ C.A., n° 31/96, 15 mai 1996.

⁷⁰ Aujourd'hui le Parlement de la Région de Bruxelles-Capitale.

⁷¹ B.2.2.

⁷² M.B., 22 juin 1999.

⁷³ Sur la question et à propos de cette loi, v. L. DE GEYTER et F. VANDENDRIESSCHE, « Het "nieuwe" artikel 14 van de Gecoördineerde Wetten op de Raad van State en de bevoegdheid van de Raad van State ten aanzien van de bestuurshandelingen van de wetgevende vergaderingen », *T.B.P.*, 2000, pp. 97-113 ; L. DE GEYTER, « De wet van 25 mei 1999 tot wijziging van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, van de wet van 5 april 1955 inzake de wedden van de ambtsdragers bij de Raad van State, alsook van het Gerechtelijk Wetboek », *A.J.T.*, 2000-2001, pp. 173-186 ; D. DELVAX, « La loi du 25 mai 1999 modifiant les lois coordonnées sur le Conseil d'Etat et le contrôle des actes administratifs des assemblées législatives »,

compétence d'annulation du Conseil d'Etat aux « actes administratifs des assemblées législatives ou de leurs organes, en ce compris les médiateurs institués auprès de ces assemblées, de la Cour des comptes et de la Cour d'arbitrage, ainsi que des organes du pouvoir judiciaire et du Conseil supérieur de la Justice relatifs aux marchés publics et aux membres de leur personnel ». La loi du 15 septembre 2006⁷⁴⁻⁷⁵ ajouta à l'énumération des institutions concernées le Conseil d'Etat lui-même ainsi que les juridictions administratives.

b. Portée de la disposition

b.1 Actes réglementaires et individuels ?

22. Comme tel, le libellé de la disposition ne suffisait pas à tarir la source des interrogations quant à sa portée. En effet, en se référant aux « actes administratifs » visait-il à la fois les actes réglementaires et individuels ou se limitait-il à ces derniers ? La question peut de prime abord paraître tautologique car, par essence, les termes « actes administratifs » ne renvoient-ils pas de manière indifférente tant à la notion d'acte réglementaire qu'à la notion d'acte individuel, du moins dans le langage usuel ? Elle n'est pas dénuée d'intérêt car si l'on considère que le contrôle prévu par l'article 14 ne portait que sur la possibilité de demander l'annulation d'un acte individuel, cela excluait *de facto* la possibilité pour le Conseil d'Etat de censurer un acte administratif de nature

C.D.P.K., 2000, pp. 425-443 ; P. NIHOUL, « La loi du 25 mai 1999 modifiant les lois sur le Conseil d'Etat », *J.T.*, 2000, pp. 356-362 ; E. MARON, « Les notions d'acte administratif et d'autorité administrative : compétence ou incompétence du Conseil d'Etat pour connaître des recours en annulation dirigés contre les actes de nature administrative accomplis par des autorités relevant du pouvoir législatif ou du pouvoir judiciaire ? », in B. BLERO (éd.), *o. c.*, 1999, pp. 309-348 ; F. VANDENDRIESSCHE, « De Raad van State en de bestuurshandelingen van de wetgevende macht : Arbitragehof vs. Raad van State ? », note sous C.E., *b.v. T.G.M.C.*, n° 69.752, 25 novembre 1997 et C.E., *n.v. De Nul et n.v. Envisan*, n° 70.402, 17 décembre 1997, *C.D.P.K.*, 1998, pp. 323-330.

⁷⁴ M.B., 6 octobre 2006.

⁷⁵ Cette loi réforme profondément le Conseil d'Etat. V. à ce sujet S. LUST, « De hervorming van de Raad van State ANNO 2006 », *C.D.P.K.*, 2007, pp. 241-286 ; du même auteur, « De bestuursgeschillen – Stand van zaken en actuele ontwikkelingen : de hervorming van de Raad van State », in P. VAN ORSCHOVEN (éd.), *Gerechtelijk recht*, Themis, n°37, Brugge, Die Keure, 2006, pp. 81-114 ; A. WIRTGEN, « De hervorming van de Raad van State », *B&B*, 2007, pp. 41-59. V. également le numéro spécial d'*A.P.T.*, 2006, pp. 169-278 consacré exclusivement à cette question.

réglementaire⁷⁶. Cette limitation incluait également l'impossibilité de contester par voie d'exception la légalité de l'acte réglementaire servant de fondement à l'acte individuel attaqué.

Sur questions préjudicielles posées par le Conseil d'Etat⁷⁷, la Cour d'arbitrage adopta dans son arrêt n° 89/2004⁷⁸ une interprétation restrictive des mots « *actes administratifs* », se basant notamment sur les travaux préparatoires de la loi du 25 mai 1999⁷⁹. Dès lors seuls les actes individuels étaient visés par l'article 14, ce qui, en l'espèce, impliquait de nouveau une violation des principes d'égalité et de non-discrimination entre les fonctionnaires relevant du pouvoir exécutif et les fonctionnaires des autres pouvoirs et de leurs organes. Par identité de motif à l'arrêt n° 31/96, la violation de ces principes constitutionnels résulte d'une lacune de la législation et non d'une carence de l'article 14 LCCE.

Dès lors le législateur était une nouvelle fois sollicité pour gommer ces discriminations. Ce fut chose faite par la loi du 15 mai 2007⁸⁰, laquelle donne à l'article 14 sa version actuelle. Si elle a pour mérite d'effacer les discriminations dénoncées par la Cour constitutionnelle (alors Cour d'arbitrage), le texte s'expose néanmoins à la critique⁸¹. Ainsi par exemple, alors que la section de législation du Conseil d'Etat suggérait au législateur d'utiliser la formule « *actes administratifs individuels et réglementaires* »⁸², celui-ci décida de s'en tenir au texte initial, à savoir les « *actes et règlements* ». Certes dans sa formulation première, le texte comprenait deux terminologies différentes, ce qui ne manquerait pas de susciter divers débats quant à leurs portées respectives, comme le souligna le Conseil d'Etat. Il conseilla donc dans l'intérêt de la sécurité juridique que seule une terminologie soit adoptée.

⁷⁶ Comme par exemple le statut du personnel.

⁷⁷ C.E., *Brouillard*, n° 119.261, 12 mai 2003 et C.E., *Veulemans*, n° 119.643, 21 mai 2003.

⁷⁸ C.A., n° 89/2004, 19 mai 2004.

⁷⁹ V. notamment *Doc. parl.*, Ch., s. o., 1996-1997, n° 893/3 ; *Doc. parl.*, Ch., s. o., 1997-1998, n° 1733/1.

⁸⁰ *M.B.*, 8 juin 2007.

⁸¹ V. à ce sujet M. NIHOUL, « Les affaires de la législation en matière d'autorité administrative » et le respect de la Constitution », *J.T.*, 2008, pp. 71-73.

⁸² S.L.C.E., avis n° 42.184/AV du 13 mars 2007 sur une proposition de loi « modifiant l'article 14 des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973 », *Doc. parl.*, Ch., 2006-2007, n°51-2863/002.

De même, outre le texte à proprement parler, le procédé dérange aussi. Il importe en effet de souligner que, dans le cas présent, c'est à la majorité ordinaire que le législateur a étendu la portée d'une disposition constitutionnelle...

Enfin, à l'instar de M. NIHOUL, l'on est enclin à conclure que l'article 14 dans sa version actuelle postule l'existence de deux catégories d'autorités dont les actes sont soumis à la censure du Conseil d'Etat : d'une part les autorités administratives, et d'autres part, les « *autres* » autorités « *dont seuls certains actes, de par leur nature unilatérale et administrative, se voient ouvrir les portes du Conseil d'Etat, sans qu'il soit nécessaire de déterminer s'il s'agit d'autorités administratives* »⁸³. Ne pourrait-on pas postuler, comme le suggère cet auteur, que ces autorités législatives ou juridictionnelles peuvent, dans certains cas, être amenées à se prononcer en tant qu'autorités administratives ?

b.2 Des normes contrôlées limitativement énumérées

23. Alors qu'il est fréquent de lire que l'article 159 est rédigé en « *termes généraux* » et qu'il ne fait « *aucune distinction entre les actes qu'il vise* », son champ d'application est dans ce cadre nettement circonscrit. En effet, seuls sont visés par l'article 14 les actes administratifs réglementaires ou individuels concernant le *personnel* ou les *marchés publics* des organes du pouvoir législatif ou judiciaire.

Bien qu'il s'agisse des actes administratifs les plus couramment posés par les pouvoirs visés, il faut les distinguer des autres actes administratifs susceptibles d'être pris par les institutions citées et qui présentent un caractère « *politique* ». L'on citera par exemple la validation des pouvoirs, le rejet d'une pétition par les chambres, la présentation ou la nomination de membres d'un organe juridictionnel ou consultatif ou encore certaines décisions de la Commission de contrôle des dépenses électorales⁸⁴. Ces derniers échappent totalement au contrôle du Conseil d'Etat. Il semble qu'il faille y voir une application de la règle selon laquelle « *les assemblées législatives, qui sont élues et détentrices du résidu de la souveraineté, disposent dans l'exercice de cette mission de la plus large indépendance* ». Dès lors ce principe implique que « *lorsque des assemblées législatives*

⁸³ M. NIHOUL, *o. c.*, *J.T.*, 2008, p. 73.

⁸⁴ V. *Doc. parl.*, Ch., 1997-1998, n° 1733/1, p. 3 ; *Doc. parl.*, Ch., 2006-2007, n°51-2863/002, p. 5.

posent des actes qui sont liés à leur activité politique ou législative, ces actes peuvent être soustraits au contrôle juridictionnel du Conseil d'Etat »⁸⁵.

2. Les normes législatives et constitutionnelles

24. Les précédents développements nous ont montré que le contrôle visé par l'article 159 de la Constitution ne concernait que les actes administratifs, en ce compris ceux des pouvoirs législatifs et judiciaires relatifs aux marchés publics et aux membres de leur personnel.
25. Mais qu'en est-il des normes législatives voire constitutionnelles ? Se situant au sommet de la hiérarchie des normes, on serait enclin à les classer parmi les normes de références, et non à les traiter comme de « *simples* » normes contrôlées. Est-ce à dire qu'elles échappent totalement à un quelconque contrôle de légalité ? La réponse est plus nuancée.

Il n'entre pas dans les objectifs de cette contribution de retracer les vifs débats doctrinaux concernant la possibilité pour le juge de contrôler la constitutionnalité des lois sur pied de l'article 159. Un bref rappel suffira⁸⁶. Une première interprétation, dite *a contrario*, se basait sur une lecture stricte et littérale de l'article 159 de la Constitution : si le Constituant de 1831 avait chargé les cours et tribunaux d'examiner la légalité des règlements, cela n'était nullement le cas des lois, règles « *souveraines* », lesquelles échappaient dès lors à un quelconque contrôle, en ce compris un contrôle de constitutionnalité.

Les tenants de l'interprétation *a pari* avançaient, quant à eux, l'argumentation suivante : interprété en combinaison avec d'autres dispositions constitutionnelles (notamment les articles 40, 144, 145) l'article 159 ne devait pas être considéré comme une disposition « *exorbitante qui, sur un point, conférerait au pouvoir judiciaire une prérogative particulière pour l'examen de la constitutionnalité et de la légalité des règlements mais comme une illustration que la Constitution avancerait des contrôles que le juge, dans l'exercice de sa "mission naturelle", est appelé à remplir* »⁸⁷. Dès lors pourquoi le juge de la légalité

des règlements ne serait-il pas *a fortiori* celui de la constitutionnalité des lois ?

26. Cette controverse est aujourd'hui dépassée dans la mesure où l'article 142 confie à la Cour constitutionnelle ce contrôle, certes toutefois de manière sectorielle. Il résulte en effet d'une lecture combinée des articles 141 et 142 de la Constitution avec la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage que cette dernière a le pouvoir de se prononcer sur la violation, par une norme ayant force de loi, des droits et libertés fondamentales garantis par le titre II de la Constitution (articles 8 à 32) ainsi que des articles 170 (principe de légalité en matière fiscale), 172 (principe d'égalité en matière fiscale) et 191 (protection des étrangers) de la Constitution. Il faut en déduire, semble-t-il, et la jurisprudence est unanime et constante quant à cette question, que les « *cours et tribunaux* » n'ont pas le pouvoir de contrôler la conformité des normes législatives à la Constitution.

Une remarque mérite toutefois d'être formulée et touche à l'*ordonnance* bruxelloise.

a. L'ordonnance bruxelloise

27. La nature juridique exacte de l'ordonnance bruxelloise a donné lieu à de vives controverses. En effet, Y. LEJEUNE et H. SIMONART ont soutenu, et ce à partir d'un argument d'analogie avec les arrêtés de pouvoir spéciaux, que les ordonnances régionales bruxelloises étaient des actes administratifs de nature réglementaire, lesquelles pouvaient par conséquent être annulées par le Conseil d'Etat. Cette hypothèse fut massivement rejetée par une grande partie de la doctrine et ne semble plus devoir trouver d'échos aujourd'hui⁸⁸. Le caractère législatif de l'ordonnance ne souffre à l'heure actuelle aucun doute : elle a, comme la loi ou le décret, force de loi.

Outil législatif certes mais dont l'originalité se doit d'être relevée, ce qui explique sans doute ces dissensions doctrinales. En effet l'article 9 de la loi

⁸⁵ C.A., n° 93/2004, 26 mai 2004.

⁸⁶ V. sur cette question A. ALÉN, « De raadsels van artikel 107 van de belgische Grondwet », *R.W.*, 1983-1984, pp. 1729-1756.

⁸⁷ F. DELPÉRÉE, « Au nom de la loi », *J.T.*, 1975, p. 490.

⁸⁸ Sur cette question, v. F. DELPÉRÉE, « La Constitution, la loi, le décret et l'ordonnance », *J.T.*, 1990, pp. 107-110 ; Y. LEJEUNE, « Les nouvelles institutions bruxelloises », *J.T.*, 1989, pp. 209-214 ; M. LEROY, « Sens et non-sens dans le règlement des conflits », *J.T.*, 1989, pp. 559-561 ; H. SIMONART, « Les règles bruxelloises », in *La Région de Bruxelles-capitale*, Bruxelles, Bruylant, 1989, pp. 171-198 ; M. UYTENDAELE, « Bruxelles : une région à part entière », *Journ. proc.*, 1989, pp. 14-16 ; M. UYTENDAELE, « A propos des ordonnances de la Région bruxelloise », *J.T.*, 1989, pp. 209-214.

spéciale du 12 janvier 1989 réserve la possibilité au cours et tribunaux d'écarter l'application de l'ordonnance qui ne serait pas conforme soit à une partie de la Constitution, soit à la loi spéciale proprement dite. En cela, l'ordonnance bruxelloise se rapproche de l'acte réglementaire, et partant du contrôle de légalité incident octroyé au juge par l'article 159 de la Constitution. Cette spécificité contribue à son caractère hybride au sein du paysage normatif belge et consacre ainsi « une règle d'un nouveau type »⁸⁹.

Il faut toutefois relever que les normes de référence sont ici clairement identifiées et limitativement énumérées de telle sorte que le contrôle de légalité de l'ordonnance ne saurait être exhaustif, ou autrement dit, « total ». L'analogie complète avec le contrôle opéré sur pied de l'article 159 ne saurait donc être retenue.

Il n'en reste pas moins que le mécanisme est le même que celui mis en œuvre par l'article 159 – l'écartement de la norme illégale – sauf qu'il s'agit ici d'une norme ayant indubitablement un caractère législatif. Relevons enfin, si pas une incohérence, du moins une incongruité : l'écartement d'une norme de valeur législative (l'ordonnance) est prescrit par une norme de valeur légèrement supérieure (la loi spéciale) alors que pour des normes hiérarchiquement inférieures à la loi, l'éviction est préconisée par une disposition constitutionnelle ... L'on peut se demander en tous cas, si, de la sorte, le législateur n'a pas, une nouvelle fois, étendu la portée d'une disposition constitutionnelle, certes à la majorité spéciale.

Par ailleurs, il nous semble opportun de signaler que le Conseil d'Etat a déjà fait usage de la faculté qui lui est offerte par l'article 9 dans l'arrêt *Front commun des groupements de défense de la nature* du 10 septembre 1998⁹⁰. En l'espèce, une disposition d'une ordonnance excluait l'abrogation implicite des plans de rang inférieur. Le législateur bruxellois, en légiférant de la sorte, entendait donc aménager l'application de l'article 159 de la Constitution en matière d'urbanisme et d'aménagement du territoire. La haute juridiction administrative estima la disposition non conforme à la Constitution dans la mesure où « la hiérarchie des normes constitue un principe fondamental de l'ordonnancement juridique qui trouve son expression notamment dans l'article 159 de la Constitution ; qu'il n'est pas au pouvoir d'une ordonnance de déroger, par voie de disposition générale,

⁸⁹ F. DELPÉRÉE, o. c., *J.T.*, 1990, p. 110.

⁹⁰ C.E., *Front commun des groupements de défense de la nature*, n° 75.710, 10 septembre 1998.

à ce principe au profit de plans inférieurs à l'encontre de plans arrêtés par le gouvernement, ni d'exclure l'application de l'article 159 de la Constitution par les juridictions »⁹¹.

Enfin il est intéressant de noter que dans les commentaires doctrinaux qui suivirent la troisième réforme de l'Etat, certains auteurs estimèrent à l'époque que le contrôle juridictionnel de l'ordonnance était progressivement appelé à se réduire, voire carrément à disparaître. Une telle disparition serait le fait de l'élargissement progressif des compétences de la Cour d'arbitrage, ce qui aurait pour effet une « réduction corrélative du contrôle effectué par les autres juges »⁹². Le postulat de cette affirmation reposait sur un optimisme de bon aloi qui envisageait un contrôle de constitutionnalité global opéré par la Cour d'arbitrage.

L'Histoire, hélas, s'écrivit autrement... et, à moins d'une volonté politique contraire, le contrôle de légalité de l'ordonnance prévu par l'article 9 de la loi spéciale du 12 janvier 1989 semble encore promis à un « bel avenir ». L'avantage qu'en retire le justiciable n'est, selon nous, pas négligeable puisque le juge à qui il soumettra le litige pourra statuer lui-même sur la légalité de l'ordonnance en cause, sans devoir passer par les détours tortueux du chemin préjudiciel vers le Cour constitutionnelle.

b. La loi et la Constitution

28. Il conviendrait également de se poser la question des rapports entre la loi ou la Constitution et une disposition du droit international conventionnel. Est-il possible par ce biais de soumettre la loi, voire la Constitution, à un quelconque contrôle de légalité ? Contrôle, le cas échéant, qu'il serait plus judicieux d'intituler de « conformité ». Dans un souci de cohérence de l'exposé, nous avons volontairement choisi d'abord cette question ci-dessous, lors de l'examen du droit international conventionnel en tant que norme de référence.

⁹¹ Sur cette question, v. D. LAGASSE, « Du pouvoir du juge d'écarter l'application d'une ordonnance bruxelloise inconstitutionnelle », *J.T.*, 1999, pp. 63-65 ; I. KOVALOVSKY, « Hiérarchie des normes, aménagement du territoire et projet mixte dans la région de Bruxelles-Capitale », *A.P.T.*, 1998, pp. 201-222.

⁹² F. DELPÉRÉE, o. c., *J.T.*, 1990, p. 110 citant H. SIMONART, *in* o. c., 1989, p. 177.

II. LES NORMES DE REFERENCE

29. Venons-en à présent à la seconde partie de notre exposé, *les normes de référence* ou, pour reprendre la formulation de l'article 159, la question de la signification des mots faisant référence à la *conformité aux lois*. A nouveau, de manière symétrique à la première partie, notre exposé se divisera en deux temps. A savoir premièrement, s'agit-il de *toutes les lois* ? Nos précédents développements nous ayant démontré à suffisance le caractère obsolète de la disposition, comment comprendre ce texte du 19^e siècle à l'heure actuelle ? La réponse apportée à cette première question en appellera immanquablement une seconde : ne s'agit-il de *rien que les lois* ?

A. TOUTES LES LOIS ?

30. De prime abord, l'hypothèse formulée par l'article 159 semble devoir être interprétée strictement⁹³ et ne vise donc que la conformité aux lois, au sens purement formel du terme. Dans le cadre d'une Belgique devenue fédérale, le texte doit naturellement se comprendre comme visant la conformité à l'ensemble des normes de valeur législative, en ce compris donc les décrets et ordonnances. Ne serait-ce toutefois pas mieux de l'écrire expressément ? De nouveau, l'on constatera que l'esprit du texte est respecté en pratique, mais pas la lettre. Qui, à ce stade, s'en étonnera ? En choisissant les termes « *décrets* » et « *ordonnances* », le Constituant optait déjà pour une sémantique qui induit une fausse idée de subordination. Ainsi, à la veille de la seconde réforme de l'Etat, F. DUMON⁹⁴ s'exprimait en ces termes lors de l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation le 1^{er} septembre 1977 : « "*Décrets*" et "*ordonnances*" sont des notions qui s'appliquent de manière peu adéquate aux décisions que prendront les communautés et les régions. Elles évoquent l'idée d'une réglementation prise par un pouvoir exécutif et non législatif et qui est, dès lors, normalement subordonnée, d'exécution, de complément ou qui est la conséquence d'attributions spécifiques de pouvoirs ... »⁹⁵. Cela démontre à suffisance, à notre estime, à quel point la lisibilité n'est guère une vertu constitutionnelle en Belgique.

A coté des lois, il convient donc de ranger les décrets et les ordonnances dans les normes de références. Toutefois il apparaît légitime de se demander si le champ référentiel du contrôle de légalité ne pourrait pas

⁹³ V. les commentaires de THONISSEN à cet égard en début de contribution.

⁹⁴ Alors Premier avocat général près la Cour de cassation.

⁹⁵ F. DUMON, « Projets de réformes et fonction juridictionnelle », *J.T.*, 1977, p. 563.

encore être élargi. Cela semble s'imposer dans la mesure où au foisonnement des normes contrôlées devrait correspondre logiquement une semblable diversité des normes de références. D'où cette deuxième question : rien que les lois ?

B. RIEN QUE LES LOIS ?

1. La conformité à toute norme hiérarchiquement supérieure

31. A l'origine la conformité des arrêtés d'une administration inférieure à ceux d'une administration supérieure n'était pas visée par la disposition constitutionnelle⁹⁶. Cette vision est devenue à l'heure actuelle obsolète et la conformité aux lois doit s'entendre de la *conformité à toute norme hiérarchiquement supérieure*.

Ainsi, à titre exemplatif, le juge pourra écarter :

- un arrêté ministériel (ou un autre règlement) non conforme à un arrêté royal ;
- un arrêté royal individuel qui ne respecterait pas un arrêté royal réglementaire ;
- un arrêté de pouvoirs spéciaux « *sorti* » du domaine attribué⁹⁷.

32. Ce contrôle s'étend également à l'acte administratif qui méconnaîtrait un principe général du droit⁹⁸, tel par exemple les principes de bonne administration⁹⁹.

Peut-on dès lors considérer que l'article 159 est à envisager en tant qu'il constitue une application particulière du principe général de la hiérarchie des normes ? La Cour de cassation semble aller dans ce sens. Dans un arrêt du 8 avril 2003, cette dernière affirme en effet que « *le contrôle de la légalité des arrêtés et règlements généraux, provinciaux et locaux, confié au juge par l'article 159 de la Constitution, ne constitue qu'une application particulière du principe [...] général du droit selon lequel le juge ne peut*

⁹⁶ J.-J. THONISSEN, *o. c.*, 1876, p. 335.

⁹⁷ F. DUMON, *o. c.*, *J.T.*, 1977, p. 566.

⁹⁸ F. DUMON, *La Cour de Justice Benelux*, Bruxelles, Bruylant, 1980, p. 273.

⁹⁹ Au rang desquels on peut ranger le principe de la sécurité juridique, le principe de confiance, celui d'égalité, du raisonnable, de proportionnalité ou encore le devoir de diligence ou d'impartialité.

appliquer une décision, à savoir une norme, violant une disposition supérieure»¹⁰⁰. Le Conseil d'Etat semble pour sa part s'engager dans une voie identique, tel qu'il ressort de l'arrêt *Front commun des groupements de défense de la nature* précité¹⁰¹.

P. LEWALLE¹⁰² estime, pour sa part, que cet arrêt ne doit pas nous amener « à conclure que le pouvoir de contrôle des Cours et tribunaux trouverait son fondement dans un principe général de droit de rang législatif : de toute évidence l'article 159 de la Constitution participe de la supériorité de celle-ci sur toutes les autres normes ». Et de conclure : « Nous n'apercevons guère en quoi le rattachement du pouvoir qu'il attribue à un principe général de droit en préciserait la portée ou en renforcerait l'autorité ».

33. En raison du fait que les normes de référence citées jusqu'à présent étaient toutes d'une valeur inférieure à la loi, une nouvelle question s'impose à nous. Qu'en est-il des normes supérieures à celle-ci, à savoir la *Constitution* et le *droit international ou européen* ? Considérer qu'elles constituent des normes de référence reviendrait à étirer une nouvelle fois les potentialités de l'article 159. Tel est bien le cas en réalité puisqu'il est désormais acquis que les juridictions ont bel et bien la possibilité d'apprécier la légalité d'un acte administratif au regard de la Constitution ou des normes de droit international et européen, et ce nonobstant le libellé constitutionnel.

2. La Constitution

34. La loi n'est point la Constitution. Elle découle de cette dernière et lui est, nous l'avons déjà invoqué, hiérarchiquement inférieure. Pourtant, en dépit de la formule même de l'article 159, les juridictions ont rapidement accepté de censurer un acte administratif au motif qu'il était contraire à la

¹⁰⁰ Cass., 8 avril 2003, *Pas.*, 2003, II, pp. 761-764 : « Qu'en vertu de ce principe général du droit, le juge ne peut appliquer des arrêtés généraux, provinciaux et locaux qui violent un principe général du droit tel le principe général de bonne administration ».

¹⁰¹ C.E., *Front commun des groupements de défense de la nature*, n° 75.710, 10 septembre 1998 : « la hiérarchie des normes constitue un principe fondamental de l'ordonnement juridique qui trouve son expression notamment dans l'article 159 de la Constitution ; qu'il n'est pas au pouvoir d'une ordonnance de déroger, par voie de disposition générale, à ce principe au profit de plans inférieurs à l'encontre de plans arrêtés par le gouvernement, ni d'exclure l'application de l'article 159 de la Constitution par les juridictions ».

¹⁰² P. LEWALLE, *o. c.*, 3^e éd., 2008, p. 355.

Constitution. Ainsi dans deux arrêts du 25 janvier 1954¹⁰³, le Conseil d'Etat a considéré qu'un règlement de police communal subordonnant l'organisation de tout bal dans des locaux accessibles au public à l'autorisation préalable de l'autorité communale était en contrariété avec l'article 26 de la Constitution, lequel garantit aux citoyens le droit de se réunir paisiblement.

Plus récent et original est l'arrêt *Buts* du 4 juillet 2003¹⁰⁴. Un pompier de la ville de Louvain s'était vu infliger par le collège des bourgmestre et échevins la perte de la qualité de membre du personnel statutaire du corps des pompiers de la ville, en raison de son déménagement. Cette sanction s'expliquait au vu du règlement organique du corps des pompiers qui imposait aux membres du personnel une obligation de résidence dans un périmètre de 15 kilomètres. Le Conseil d'Etat suivit l'argumentation du requérant, qui estimait qu'un tel règlement violait l'article 12 de la Constitution de même que l'article 2 du 4^e Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme¹⁰⁵.

Ces deux exemples illustrent une première tendance observée lors de notre recension, à savoir que la contrariété d'un acte administratif à la Constitution procèdera fréquemment d'une violation des libertés fondamentales.

Une autre propension relevée est que cette violation des libertés fondamentales résidera fréquemment dans la violation des principes d'égalité et de non discrimination contenus dans les articles 10 et 11 de la Constitution. Ainsi, à titre illustratif, le Conseil d'Etat relève dans un arrêt du 13 mai 2004¹⁰⁶ qu'une disposition de l'arrêté royal du 2 octobre 1937 portant le statut des agents de l'Etat viole les articles 10 et 11 de la Constitution, en ce qu'elle interdit aux titulaires d'un diplôme donnant accès à un niveau déterminé (en l'espèce le niveau A) de s'inscrire à un concours de recrutement d'un niveau inférieur (en l'espèce le niveau B, pour un poste de traducteur français-néerlandais).

¹⁰³ C.E., *Christiaens*, n° 3.095, 25 janvier 1954 et C.E., *Vits*, n° 3.096, 25 janvier 1954, *Rec.*, 1954, pp. 106-109.

¹⁰⁴ C.E., *Buts*, n° 121.320, 4 juillet 2003.

¹⁰⁵ Liberté individuelle, liberté de circulation, libre choix de la résidence.

¹⁰⁶ C.E., *Brouillard*, n° 131.418, 13 mai 2004.

35. Il nous faut néanmoins mentionner les limites de ce contrôle de constitutionnalité. Le juge, nous le savons, ne peut contrôler la constitutionnalité des lois, fusse de manière implicite (tel que nous l'enseigne l'arrêt *Waleffe*¹⁰⁷). Ce dernier ne peut donc décider d'écarter un arrêté ou un règlement qui tirerait son illégalité de sa conformité à une loi contraire à la Constitution. L'on dira dans ce cas de figure, que la loi « *fait écran* ». La seule manière de résoudre la contestation est, le cas échéant, le chemin préjudiciel vers la Cour constitutionnelle.

3. Le droit international ou européen

a. La conformité des actes administratifs au droit international conventionnel

36. Enfin, la conformité aux lois s'entend, dans un ordre juridique européen et international, de la conformité au droit communautaire ou international. Dès lors, le juge peut écarter un acte administratif au motif qu'il serait contraire à une *disposition du droit international conventionnel directement applicable*. Le caractère directement applicable de cette disposition conditionne la faculté du juge à écarter la norme interne au profit la norme internationale.
37. La règle est-elle absolue ou souffre-t-elle d'exceptions ? Sur le plan du droit communautaire, la Cour de justice continue à maintenir cette exigence alors que certains auteurs, quant à eux, estiment que la primauté du droit européen devrait suffire à garantir cet effet d'éviction de la norme interne¹⁰⁸. La question présente un intérêt majeur pour les normes qui en elle-même, par nature, ne sont pas dotées d'un pareil effet, comme les directives. Il ne nous appartient pas de revenir sur la question de l'effet direct des directives. Cependant nous savons que l'une des conditions dégagée par la Cour de justice est le dépassement du délai de transposition. Dès lors, la légalité d'un acte administratif s'appréciant au moment de son adoption, la non échéance du terme de la dite directive constitue-t-elle un obstacle diriment à la censure du juge ?

¹⁰⁷ Cass., 20 avril 1950, *Pas.*, 1950, I, pp. 560-572.

¹⁰⁸ S. VAN RAEPENBUSCH, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 495-534.

38. Une réponse nuancée mérite d'être apportée à cette question. En effet, dans son arrêt *Inter - Environnement Wallonie* rendu le 17 décembre 1997¹⁰⁹, la Cour de justice a décidé que les Etats, en vertu de leur devoir de coopération, devaient s'abstenir de prendre des dispositions de nature à compromettre sérieusement le résultat prescrit par une directive. Si tel était le cas, alors le juge pourrait apprécier la légalité d'une mesure nationale, législative ou réglementaire, au regard de cette directive, quand bien même le délai de transposition ne serait pas écoulé.

Fort bien. Encore faut-il s'entendre sur la signification de la formule. Signalons d'emblée que la disposition dont la légalité est appréciée ne doit pas nécessairement constituer un mesure de transposition de la directive en cause. Toutefois si la disposition en cause se présente comme une transposition complète de la directive, alors « *leur non-conformité avec la directive pourrait laisser présumer que le résultat prescrit par celle-ci ne sera pas atteint dans les délais impartis si leur modification en temps utile est impossible* ».

C'est au juge national qu'il revient d'apprécier si la disposition de son ordre interne est de nature à compromettre sérieusement le résultat prescrit par une directive. Le cas échéant, en cas de doute, il s'en référera aux lumières du juge communautaire et ce par le biais de la question préjudicielle. Les cas d'application devant la juridiction des Communautés n'ont, à vrai dire, pas été nombreux. Bornons-nous à en relever quelques uns. Les juges du Kirchberg ont ainsi estimé que compromettrait sérieusement le résultat prescrit par une directive :

- en matière de libre circulation des marchandises, un arrêté royal qui soumet à une procédure d'approbation préalable des matériels revêtus du marquage « *CE* » alors que les directives en la matière leur confèrent une présomption de conformité¹¹⁰ ;
- en matière de politique sociale, une législation qui autorise sans restrictions¹¹¹ la conclusion de contrats de travail à durée déterminée

¹⁰⁹ C.J.C.E., Aff. C-129/96, *Inter-Environnement Wallonie a.s.b.l.*, 17 décembre 1997, *Rec.*, I, pp. 7411-7452.

¹¹⁰ C.J.C.E., Aff. C-14/02, *Atral s.a.*, 8 mai 2003, *Rec.*, I, pp. 4431-4484. Cet arrêt a été rendu suite à une question préjudicielle posée par le Conseil d'Etat, v. à cet égard C.E., *Atral s.a.*, n° 102.426, 8 janvier 2002.

¹¹¹ A moins qu'il n'existe un lien étroit avec un contrat de travail antérieur à durée indéterminée conclu avec le même employeur.

lorsque le travailleur a atteint l'âge de 52 ans. Une telle réglementation prive en effet ces travailleurs du bénéfice de la stabilité de l'emploi alors qu'il s'agit pourtant d'un élément majeur de la protection des travailleurs tel qu'il ressort de la directive 2000/78 créant un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail¹¹² ;

- en matière de transport aérien, un arrêté royal introduisant des restrictions d'exploitation réglementant les vols de nuit de certains avions à réaction et se basant, à la date de son adoption, sur un règlement abrogé par une directive créant au sein de la Communauté européenne un cadre homogène quant à l'introduction des dites restrictions d'exploitation¹¹³.

Il importe de souligner que cette jurisprudence n'est pas opposable aux particuliers¹¹⁴. Cette solution de bon sens trouve son fondement à la fois dans la nature même de la directive, qui ne lie que les Etats membres destinataires, et l'obligation d'exécution de bonne foi des obligations nées du traité (Article 4 § 3 nouv. T.U.E.).

b. La loi et la Constitution : normes contrôlées ?

39. Nous venons de le voir, la loi et la Constitution occupent une place à part dans la hiérarchie des normes. Elles constituent, dans l'ordre juridique belge, le référent « ultime », le phare dans le brouillard normatif. En conséquence, qu'en est-il des rapports entre la loi ou la Constitution et une disposition du droit international conventionnel ? Ou, exprimé autrement, qu'advient-il en cas de contrariété entre l'une et l'autre ? Il importe, selon nous, de souligner l'aspect « totalisant » du droit international et communautaire à l'aune du contrôle de légalité qui sera opéré par le juge national.

En effet, la solution est à présent bien établie : la préférence sera donnée à la norme internationale conventionnelle pour autant, ainsi que nous l'avons examiné, qu'elle ait un effet direct. Il importe toutefois, afin de bien

¹¹² C.J.C.E., Aff. C-144/04, *Mangold*, 22 novembre 2005. V. également en matière de politique sociale : C.J.C.E., Aff. C-212/04, *Konstantinos Adeneler e.a.*, 4 juillet 2006.

¹¹³ C.J.C.E., Aff. C-422/05, *Commission, c. Belgique*, 14 juin 2007.

¹¹⁴ T.P.I., Aff. jtes T-172/98, T-175/98 à T-177/98, *Salamander A.G. e.a.*, 27 juin 2000, *Rec.*, II, pp. 2487-2519.

comprendre la portée du principe de primauté, de distinguer selon que la contrariété est discutée devant une juridiction internationale ou devant les juridictions de l'ordre interne.

b.1 Le conflit dans l'ordre juridique international

40. Ce conflit n'est évidemment possible que s'il existe un contrôle juridictionnel de la convention opéré par une juridiction internationale. Cette hypothèse trouvera sa meilleure expression dans le cadre communautaire ou dans celui de la protection des droits de l'homme. Que recouvre le principe de primauté en l'occurrence ? La solution semble « indiscutable »¹¹⁵ : il est en effet bien établi en droit international qu'un Etat partie à un traité ne peut invoquer les dispositions de son droit interne pour justifier la non-exécution de ses obligations internationales¹¹⁶.
41. Dans la même optique, le principe de primauté est une évidence pour le juge communautaire et ce depuis 1964 et le célèbre arrêt *Costa*¹¹⁷. En effet, le juge communautaire ne saurait « se refuser à appliquer le droit communautaire sous le prétexte qu'un droit national lui est contraire, sauf à admettre une manière d'autodestruction »¹¹⁸. Ce qui implique que n'importe quelle norme nationale contraire au droit européen doit être écartée par le juge communautaire, en ce compris les dispositions constitutionnelles de cet Etat. Ainsi en a décidé la Cour dans l'arrêt *International Handelsgesellschaft* rendu en 1970¹¹⁹ et précisant que « [...] le droit né du traité, issu d'une source autonome, ne pourrait, en raison de sa nature, se voir judiciairement opposer des règles de droit national quelles qu'elles soient, sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mis en cause la base juridique de la Communauté elle-même ; [...] ». Un tel raisonnement trouve son fondement, selon la Cour, dans l'article 4, § 3 nouv. T.U.E. (anciennement l'article 10 C.E.), lequel consacre le principe de l'exécution de bonne foi des obligations découlant

¹¹⁵ Pour reprendre les termes de J. VELU, « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de compatibilité avec les traités », *J.T.*, 1992, p. 733.

¹¹⁶ V. l'article 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969, entrée en vigueur le 27 janvier 1980 pour les Etats qui y sont parties.

¹¹⁷ C.J.C.E., Aff. 6/64, *Costa c. Enel*, 15 juillet 1964, *Rec.*, pp. 1141-1168.

¹¹⁸ J. VERHOEVEN, *Droit de la Communauté européenne*, Bruxelles, Larcier, 2001, pp. 308-312 ; v. également S. VAN RAEPENBUSCH, *o. c.*, 2005, pp. 495-534.

¹¹⁹ C.J.C.E., Aff. 11/70, *International Handelsgesellschaft*, 17 décembre 1970, *Rec.*, pp. 1125-1158. V. aussi C.J.C.E., Aff. 95/77, *Commission c. Pays-Bas*, 11 avril 1978, *Rec.*, pp. 863-895.

du traité. Ce serait, en d'autres termes, être de mauvaise foi que d'invoquer pour un Etat membre des dispositions de son droit interne afin de se dédouaner de ses obligations communautaires¹²⁰.

b.2 Le conflit dans l'ordre juridique interne

42. Dans l'ordre interne, la question doit être formulée de façon quelque peu différente. Il s'impose de se demander si le juge a le droit d'écarter la norme interne au profit de la règle internationale ou communautaire. C'est en principe au droit constitutionnel de chaque Etat qu'il appartiendra de déterminer le pouvoir de ses juges. L'article 159 offre-t-il un tel fondement ? Bien que l'on n'en soit plus à une liberté près dans l'interprétation de l'article 159 de la Constitution, il semblerait que non. En réalité, rares sont les Etats à inscrire le principe de primauté au sein de leur charte fondamentale, cette affirmation s'opérant le plus souvent par le biais de la voie prétorienne¹²¹. C'est au demeurant le cas de figure en Belgique et ce depuis le célèbre arrêt de la Cour de cassation « *Fromagerie Franco-suisse Le Ski* » du 27 mai 1971¹²². En vertu de cette jurisprudence, le juge a

l'obligation d'écarter la loi qui serait contraire au droit international conventionnel : « *Lorsque le conflit existe entre une norme de droit interne et une norme de droit international qui a des effets directs dans l'ordre juridique interne, la règle établie par le traité doit prévaloir ; la prééminence de celle-ci résulte de la nature même du droit international conventionnel* »¹²³.

Le Conseil d'Etat ne semble pas se départir de cette position puisque pour ce dernier « *lorsqu'un conflit existe entre une norme de droit interne et une norme de droit international qui a des effets directs dans l'ordre juridique interne, la règle établie par le traité doit prévaloir ; [...]* »¹²⁴.

43. La question est plus controversée en cas de contrariété de la Constitution avec le droit international conventionnel¹²⁵. Toutefois si l'on s'en tient aux

¹²⁰ Remarquons néanmoins que Monsieur le Procureur général J.-F. LECLERCQ suggérait lors des débats qui suivirent le colloque du 7 mai que la primauté reconnue au droit international conventionnel sur la Constitution cèderait le pas lorsque le contrôle de la convention ne serait pas assuré par un organe juridictionnel.

¹²¹ Sur cette question, nous vous renvoyons à la contribution de J. THEUNIS dans le présent ouvrage.

¹²² Cass, 27 mai 1971, *Pas.*, I, 1971, pp. 886 et s., concl. GANSHOF VAN DER MEERSCH ; *J.T.*, pp. 460-474. Pour une bibliographie sélective des nombreux commentaires doctrinaux qui suivirent l'arrêt de la Cour de cassation, v. notamment J. DELVA, « *Bedenkingen over de toetsingsmacht van de justitiële rechter ten aanzien van het verdrag na het cassatiearrest "Le Ski" van 27 mei 1971* », *T.B.P.*, 1973, pp. 204-209 ; J. MERTENS DE WILMARS, note sous l'arrêt « *Le Ski* », *Sociaal economische wetgeving*, 1972, pp. 44-51 ; P. PESCATORE, note sous l'arrêt « *Le Ski* », *C.D.E.*, 1971, pp. 564-589 ; J. SALMON, « *Le conflit entre le traité international et la loi interne en Belgique à la suite de l'arrêt rendu le 27 mai 1971 par la Cour de cassation* », *J.T.*, 1971, pp. 509-520 et pp. 529-535 ; E. STEIN, « *Conflicts between Treaties and subsequently enacted statutes in Belgium - Etat belge c. Fromagerie Franco-Suisse Le Ski* », *Michigan Law Review*, 1973-1974, vol. 72, p. 118-128. Sur la question plus générale du contrôle de la compatibilité entre le droit international conventionnel et le droit belge, v. F. DUMON, « *De verhouding internationaal recht - nationale recht* », *T.B.P.*, 1981, pp. 14-26 ; W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « *Réflexions sur le droit international et la révision de la Constitution* », discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation du 2 septembre 1968, *J.T.*, 1968, pp. 485-496 ; W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « *Le juge belge à l'heure du droit international et du droit communautaire* », traduction du discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation du 1^{er} septembre 1969, *J.T.*, 1969, pp. 537-551 ; R. HAYOT DE

TERMICOURT, « *Le conflit traité - loi interne* », traduction du discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation du 2 septembre 1963, *J.T.*, 1963, pp. 481-486 ; J.-V. LOUIS, « *Le conflit de la règle de droit international et de la règle de droit interne* », *Revue de l'Université de Bruxelles*, 1968-69, pp. 362 et s. ; L. PLOUVIER, « *La primauté du droit international et du droit communautaire en Belgique* », *Rev. Marché comm.*, 1972, pp. 171-184 ; J. SALMON et E. SUY, « *La primauté du droit international sur le droit interne* », *L'adaptation de la Constitution belge aux réalités internationales*, Bruxelles, Ed. de l'Institut de Sociologie de l'U.L.B., 1965, pp. 69-93 ; G. VANDERSANDEN, « *Primauté du droit communautaire sur le droit national* », *Rev. int. dr. comp.*, 1972, pp. 847-858 ; J. VERHOEVEN, « *Jurisprudence belge relative au droit international* », *R.B.D.I.*, 1973, p. 636 ; 1975, p. 677 ; 1976, p. 648 ; 1978-1979, p. 722 ; 1981-1982, p. 271 ; 1983, p. 759, 1986, p. 342.

¹²³ Formule reprise par la suite par la juridiction suprême et jurisprudence constante, v. entre autres : Cass., 14 janvier 1976, *Pas.*, 1976, I, pp. 538-545 ; Cass., 26 septembre 1978, *Pas.*, 1979, I, pp. 126-128 ; Cass., 26 mars 1980, *Pas.*, 1980, I, pp. 915-917 ; Cass., 4 avril 1984, *Pas.*, 1984, I, pp. 920-957 ; Cass., 16 avril 1984, *Pas.*, 1984, I, pp. 1032-1035 ; Cass., 20 janvier 1989, *Pas.*, 1989, I, pp. 545-546 ; Cass., 14 mars 1991, *Pas.*, 1991, I, pp. 654-656.

¹²⁴ C.E., *Goosse*, n° 62.921, 5 novembre 1996 ; C.E., *Orfinger*, n° 62.922, 5 novembre 1996 et les observations de R. ERGEC, « *La consécration jurisprudentielle de la primauté du droit supranational sur la Constitution* », *J.T.*, 1997, p. 256. V. aussi P. D'ARGENT, « *De la primauté du droit international sur... la Constitution* », *IDj*, 1997, n°6, pp. 65-65.

¹²⁵ Certains auteurs défendent l'idée qu'en cas de conflit entre la Constitution et le traité, ce dernier doit l'emporter. V. en ce sens : J. DE MEYER, *Staatsrecht*, Leuven, Wouters, 1985, pp. 77-78 ; P. DE VISSCHER, « *La Constitution belge et le droit international* », *R.B.D.I.*, 1986, pp. 5-58, sp. p. 31 ; R. ERGEC, « *Le droit international et le droit à l'égalité des étrangers dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage* », *R.C.J.B.*, 1991, pp. 647-648 ; J.-V. LOUIS, « *L'accès aux emplois dans l'administration publique - Conclusions* », *A.P.T.*, 1981, pp. 271-273 ; J.-V. LOUIS, *L'ordre juridique*

termes de l'arrêt *Le Ski*, ainsi qu'aux conclusions du procureur général VAN DER MEERSCH, la formule utilisée ne fait aucune distinction entre les diverses normes de droit interne, ce qui implique dès lors que « la primauté des traités internationaux ayant des effets directs dans l'ordre juridique interne belge vaut à l'égard de toutes les normes de droit interne, notamment des normes constitutionnelles »¹²⁶.

44. Bien que dénuée de toute ambiguïté, cette affirmation ne semble pas être partagée par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle qui, semble-t-il, répugne toujours, dans une certaine mesure, à consacrer le principe de la primauté du droit international sur la Constitution¹²⁷.

communautaire, Bruxelles, Office des publications officielles des Communautés européennes, 1990, pp. 134-157 ; K. RIMANQUE, *De regel is niet steeds recht*, Kluwer, Anvers, 1990, pp. 46-48 ; J. SALMON, « Les problèmes d'adaptation de l'ordre juridique international », *La réforme de l'Etat, 150 ans après l'indépendance nationale*, Bruxelles, Ed. du Jeune Barreau, 1980, pp. 180-182 ; J. VELU, « La hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux », *R.U.D.H.*, 1990, p. 239 ; A. VAN WELKENHUYZEN, « Les limites du droit constitutionnel », *Rapports belges au XII^{ème} congrès de l'Académie de droit comparé* (Sidney, août 1986), Bruxelles, Bruylant, Anvers, Kluwer, 1988, p. 83. Un autre courant estime, quant à lui, qu'en présence de pareil conflit, la Constitution doit l'emporter. V. en ce sens : F. DELPÉRÉE, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2000, pp. 686-688 ; du même auteur, « La Belgique et l'Europe », *Journ. Proc.*, 14 juin 1992, pp. 14-16 ; F. DUMON, *o. c.*, 1980, pp. 118-120 ; F. DUMON, « Les rapports entre le droit constitutionnel et le droit international », *Le nouveau droit constitutionnel*, Bruxelles, Académie Bruylant, 1987, pp. 205-223 ; Y. LEJEUNE et P. BROUWERS, « La Cour d'arbitrage face au contrôle de la constitutionnalité des traités », note sous C.A. 16 octobre 1991, *J.T.*, 1992, pp. 674-675 ; J. MASQUELIN, « Traités internationaux », *R.P.D.B.*, T. XIV, p. 766, n° 303 ; M. UYTENDAELE, *Précis de droit constitutionnel belge*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 138-150 qui adopte une position moins tranchée et plus nuancée que les autres auteurs ; J. VERHOEVEN, « Sources et principes du droit des gens et ordre juridique belge : certitudes et vraisemblances », in *Évolution constitutionnelle en Belgique et relations internationales. Hommage à P. De Visscher*, Paris, Pédone, 1985, pp. 40-41. Pour une synthèse de la question, v. J.-S. JAMART, « Observations sur l'argumentation : la primauté du droit international », *R.B.D.C.*, 1999, pp. 130-136.

¹²⁶ J. VELU, *o. c.*, *J.T.*, 1992, p. 733. V. M. LEROY, *o. c.*, 1987, p. 154.

¹²⁷ C.A., n° 26/91, 16 octobre 1991, *J.T.*, 1992, p. 670 ; C.A., n° 12/94, 3 février 1994 ; C.A., n° 33/94, 26 avril 1994. La Cour d'arbitrage s'est en effet estimée compétente pour connaître de la conformité à la Constitution des lois, décrets et ordonnances portant assentiment à un traité international. Elle considère même que l'examen de la constitutionnalité du contenu normatif du traité relève du contrôle qu'elle a à opérer. La loi spéciale du 9 mars 2003 vient toutefois restreindre la portée de son intervention en excluant de son contrôle les normes portant assentiment aux traités instituant l'Union européenne et la Convention européenne des droits de l'homme. Sur l'ensemble de cette question, v. T. BOMBOIS, « La restriction des compétences de la

45. Entendons-nous bien, quel que soit le cas de figure envisagé, sur la sanction : l'incompatibilité avec le droit communautaire ou international n'a pas pour effet de rendre la norme inexistante. Celle-ci continue à subsister, elle est « simplement » rendue inapplicable¹²⁸. Le dispositif présente d'évidentes similarités avec l'article 159 mais, nous l'avons dit, ne puise pas son fondement dans ce dernier. Ce qui explique pourquoi il a déjà été projeté, depuis longtemps, d'introduire un article 159bis visant à régler les conflits entre les normes de droit interne, légales ou réglementaires, et celles de droit international ou européen¹²⁹. Il semblerait toutefois qu'il ne s'agisse pas là d'une des priorités fondamentales du Constituant, les dernières déclarations de révision de la Constitution n'ouvrant pas l'article 159 à la révision¹³⁰.

4. Légalité et non opportunité

46. Le contrôle de légalité dont le juge est investi a connu, nous venons de le constater, une grande évolution et laisse, à l'heure actuelle, une large marge de manœuvre aux cours et tribunaux. Toutefois, légalité n'est pas, dans ce cadre, synonyme d'opportunité. En effet, il est de jurisprudence

Cour d'arbitrage à l'égard des Traités internationaux », in *La Cour d'arbitrage vingt ans après – Analyse des dernières réformes*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 129-195 ; P. BROUWERS et H. SIMONART, « Le conflit entre la Constitution et le droit international conventionnel dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage », *C.D.E.*, 1995, pp. 7-22 ; X. DELGRANGE et P. VAN YPERSELE, « Le juge du fond, la Cour d'arbitrage et la Cour de justice », *Rev. b. dr. const.*, 1993, pp. 413 et s. ; Y. LEJEUNE et P. BROUWERS, *o. c.*, *J.T.*, 1992, pp. 671-676 ; J.-V. LOUIS, « La primauté, une valeur relative ? », *C.D.E.*, 1995, pp. 23-28 ; J.-S. JAMART, « Observations sur l'argumentation : la primauté du droit international », *Rev. b. dr. const.*, 1999, pp. 109-136 ; P. POPELIER, « Ongrondwettige verdragen : de rechtspraak van het arbitragehof geplaatst in een monistisch Tijdspectief », *R.W.*, 1994-1995, pp. 1076-1080 ; C. NAOME, « Les relations entre le droit international et le droit interne belge après l'arrêt de la Cour d'arbitrage du 16 octobre 1991 », *R.D.I.C.*, 1994, pp. 24-56 ; J. VELU, *o. c.*, *J.T.*, 1992, p. 734.

¹²⁸ Il s'agit de la sanction « minimale », les Etats membres étant bien sûr libres de prévoir des mesures plus « radicales » comme par exemple la possibilité pour le juge de prononcer l'annulation de la norme nationale contraire au droit communautaire.

¹²⁹ V. les différentes déclarations de révision de la Constitution des 5 octobre 1981, *M.B.*, 6 octobre 1981 ; 8 novembre 1987, *M.B.*, 9 novembre 1987 ; 17 octobre 1991, *M.B.*, 18 octobre 1991 ; 12 avril 1995, *M.B.*, 12 avril 1995.

¹³⁰ Déclarations de révision de la Constitution des 29 avril 1999, *M.B.*, 5 mai 1999 ; 4 avril 2003, *M.B.*, 10 avril 2003, 2^e éd. ; 1^{er} mai 2007, *M.B.*, 1^{er} mai 2007, 2^e éd.

constante¹³¹ que le juge, lorsqu'il examine la légalité d'un acte, ne peut étendre son contrôle à l'opportunité de cet acte, ni même à son efficacité. Cette limite aux pouvoirs du juge se comprend aisément au regard du principe de la séparation des pouvoirs. Il ne peut donc substituer sa décision à « celle de l'administration lorsque celle-ci dispose d'un pouvoir d'appréciation des faits, de l'opportunité de la décision »¹³². En d'autres termes, le juge agirait en violation du principe de séparation des pouvoirs s'il prescrivait à l'administration « comment poser un acte administratif »¹³³.

Ainsi que le concluait le procureur général LECLERCQ : « Il n'a jamais été admis jusqu'ici, par votre Cour, que le juge puisse apprécier l'opportunité de l'acte administratif. Ce faisant en effet, le juge excéderait ses pouvoirs car l'appréciation de l'opportunité d'un acte administratif n'appartient pas au Pouvoir judiciaire. L'opportunité de la décision administrative relève de l'appréciation discrétionnaire de l'autorité administrative et l'autorité administrative ne peut être privée de sa liberté d'appréciation »¹³⁴.

A titre exemplatif, il a été ainsi jugé qu'appréciait l'opportunité et non la légalité d'un acte administratif le juge qui estime illégal le règlement communal interdisant la présence d'un type d'appareil de jeux déterminé dans certains lieux accessibles au public au motif que ce règlement justifiait

cette interdiction par le risque d'un trouble à l'ordre public alors qu'il n'est pas de notoriété publique que ces appareils soient la source de tels désordres¹³⁵.

47. Cette limite au pouvoir du juge ne va toutefois pas sans poser quelques difficultés. Les mesures de réparations en matière d'urbanisme en fournissent un bon exemple. Dans ce cadre le pouvoir judiciaire est compétent pour apprécier la légalité externe et interne d'une mesure de réparation décidée par l'administration. En ce sens, il devra donc vérifier si la décision est conforme à la loi ou si elle est entachée d'un excès ou d'un détournement de pouvoir. Mais lorsque la mesure décidée consiste en une remise en état des lieux, la Cour de cassation a précisé que le juge est tenu d'examiner si une telle demande « a été prise dans le but exclusif d'un bon aménagement du territoire ; Que s'il apparaît que la demande de l'autorité est fondée sur des motifs qui sont étrangers à l'aménagement du territoire ou sur une conception de l'aménagement du territoire qui est manifestement déraisonnable, le juge doit laisser cette demande sans suite »¹³⁶. En tout état de cause, une telle formulation laisse ouverte la question des frontières du contrôle juridictionnel opéré par le juge en matière de mesures de réparations.

CONCLUSION

48. Nul ne saurait – ou ne pourrait – nier à l'heure actuelle l'importance capitale de l'article 159 de la Constitution en droit public belge. Si le succès espéré et, au demeurant, mérité n'est survenu que tardivement, il aura été d'une fulgurance rarement égalée. Les potentialités en germe dont il était porteur auront été exploitées de manière appropriée mais, aussi, avec une certaine maladresse, il faut bien l'avouer.

Il n'en reste pas moins que des zones d'ombre subsistent. Ainsi, les contours d'un principe général de droit affirmé par la Cour de Cassation et le Conseil d'Etat et dont l'article 159 semble être une application particulière semblent encore devoir être définis. De même la dissension existant entre les deux juridictions quant aux actes de portée individuelle

¹³¹ Cass., 7 avril 1876, *Pas.*, I, 1876, p. 258 : « Attendu que les ordonnances du collège échevinal de Namur qui prescrivent la démolition de la maison des défendeurs, et dont on réclamait en justice l'application, étaient donc, quant à leur légalité, soumises au contrôle de la cour d'appel de Liège ; Qu'elle s'est livrée à ce contrôle sans se constituer juge de l'opportunité des mesures prises par l'autorité communale ». V. aussi Cass., 22 juillet 1878, *Pas.*, 1878, I, pp. 362-365 ; Cass., 19 mars 1928, *Pas.*, 1928, I, pp. 114-120 et concl. Av. gén. GESCHE ; Cass., 25 février 1929, *Pas.*, 1929, I, pp. 108-111 ; Cass., 26 juin 1930, *Pas.*, 1930, I, pp. 257-278 et concl. Proc. gén. J.-F. LECLERCQ ; Cass., 17 décembre 1953, *Pas.*, 1954, I, p. 315-318 ; Cass., 14 juin 1956, *Pas.*, 1956, I, p. 1128-1130 ; Cass., 7 décembre 1956, *Pas.*, 1957, I, p. 365-370 ; Cass., 23 avril 1963, *Pas.*, 1963, I, p. 905-909 ; Cass., 11 septembre 1979, *Pas.*, 1980, I, pp. 30-32 ; Cass., 18 septembre 1979, *Pas.*, 1980, I, pp. 54-57 ; Cass., 20 septembre 1990, *Pas.*, 1991, I, pp. 59-62 ; Cass., 4 décembre 1990, *Pas.*, 1991, I, p. 330-333 ; Cass., 19 avril 1991, *Pas.*, 1991, I, pp. 751-752 ; Cass., 9 janvier 1996, *Pas.*, 1996, I, pp. 40-42 ; Cass., 4 juin 1996, *Pas.*, 1996, I, pp. 572-575 ; Cass., 10 juin 1996, *Pas.*, 1996, I, pp. 611-621 et concl. Av. gén. J.-F. LECLERCQ ; Cass., 4 mars 1998, *Pas.*, 1998, I, pp. 284-285.

¹³² D. LAGASSE, « Le principe de la séparation des pouvoirs en droit de la sécurité sociale », *R.C.J.B.*, 1997, p. 466.

¹³³ Liège, 16 octobre 2001, *J.T.*, 2002, p. 112.

¹³⁴ Concl. Proc. gén. LECLERCQ précédant Cass., 10 juin 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 616.

¹³⁵ Cass., 4 mars 1974, *Pas.*, 1974, I, pp. 681-683 ; Cass., 23 janvier 1975 (3 arrêts), *Pas.*, 1975, I, pp. 533-539 ; Cass., 21 mai 1980, *Pas.*, 1980, I, pp. 1153-1162.

¹³⁶ Cass., 15 juin 2004, *Pas.*, 2004, I, pp. 1035-1037 ; Cass., 12 octobre 2004, *Pas.*, 2004, pp. 1552-1554 ; Cass., 3 novembre 2004, *Pas.*, 2004, pp. 1712-1714 ; Cass., 3 juin 2005, *Pas.*, 2005, pp. 1189-1202.

reste sans solution. Enfin la prévalence de la norme internationale sur la norme interne est consacrée par une règle prétorienne en telle sorte que l'article 159 n'en constitue pas, en ce sens, le fondement.

Notre réflexion finale prend dès lors la forme d'un constat : la lettre de l'article 159 a été fortement malmenée depuis sa promulgation mais son esprit est resté le même afin d'être en prise avec les réalités normatives du 20^e siècle. Le temps est venu pour un toilettage du texte constitutionnel. Il serait en effet heureux de rétablir une concordance entre la lettre et l'esprit afin de lui donner une version moderne dans un monde sans cesse plus rapide et plus internationalisé. De la sorte, ouvrir l'article 159 de la Constitution à la révision devrait être à notre estime une des priorités du futur Constituant.